المستشار الدكتور
محمد ماهر أبو العينين
نائب رئيس مجلس الدولة

الإنحراف التشريعي
والرقابة على دستوريته
دراسة تطبيقية

الكتاب الأول
التطور التاريخي لفكرة الانحراف

نظرية التعسف في استعمال الحق – الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري – فكرة الانحراف بالسلطة – الانحراف بالسلطة التشريعية عند د/ السنهوري – العوامل التي تؤيد قيام الانحراف التشريعي – القاضي وتطبيق الدستور – عيب الانحراف التشريعي هو عيب ذاتي شخصي – تطبيقات الانحراف التشريعي قبل وبعد الثورة وفي ظل دستور ١٩٧١.

ملحق خاص
مقال د/ السنهوري عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

الطبعة الأولى
2013

المركز القومي للإصدارات القانونية
54 ش علي عبد اللطيف – الشيخ ريحان – عابدين – القاهرة
Mob: 01115555760 - 01002551696 - 01224900337
Tel:002/02/27959200 - 27964395 - Fax: 002/02/27959200
Email: walied_gm@yahoo.com law_book2013@yahoo.com
www.publicationlaw.com

المستشار الدكتور
محمد ماهر أبو العينين
نائب رئيس مجلس الدولة

الانحراف التشريعي
والرقابة على دستوريته
دراسة تطبيقية
الكتاب الأول
التطور التاريخي لفكرة الانحراف

نظرية التعسف في استعمال الحق - الرقابة القضائية على ركن السبب في القرار الإداري - فكرة الانحراف بالسلطة - الانحراف بالسلطة التشريعية عند د/ السنهوري - العوامل التي تؤيد قيام الانحراف التشريعي - القاضي وتطبيق الدستور - عيب الانحراف التشريعي هو عيب ذاتي شخصي - تطبيقات الانحراف التشريعي قبل وبعد الثورة وفي ظل دستور ١٩٧١.

ملحق خاص
مقال د/ السنهوري عن الانحراف في استعمال السلطة التشريعية

الطبعة الأولى
2013

المركز القومي للإصدارات القانونية
54 ش علي عبد اللطيف - الشيخ ريحان - عابدين - القاهرة
Mob: 01115555760 - 01002551696 - 01224900337
Tel: 002/02/27959200 - 27964395 - Fax: 002/02/27959200
mail: walied_gun@yahoo.com law_book2003@yahoo.com
www.publicationlaw.com

عنـــوان الكتاب: الانحراف التشريعي والرقابة علي دستوريته
" التطور التاريخي لفكرة الانحراف" الكتاب الاول"
اسم المؤلف: دكتور/ محمد ماهر ابو العينين
تاريخ الطبعة: 2013
رقم الايداع: 2013/2166
الترقيم الدولى: 978-977-6223-72-1
عدد الصفحات: 1076
المقاس : 24x17 سم





المركز القومى للاصدارات القانونية
54 ش على عبد اللطيف ـالشيخ ريحان ـ عابدين
Mob: 01115555760/01002551696 Tel:002/02/27964395
Email :Walied_gun@yahoo.com law_book2003@yahoo.com
www.publicationlaw.com



ســورة الفاتحة

مكية وآياتها سبع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (١) الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ
(٢) الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (٣) مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ (٤)
إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ (٥) اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ
(٦) صِرَاطَ الَّذِينَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِمْ غَيْرِ الْمَغْضُوبِ
عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ (٧)

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

الإهداء

إلى أبى الذى أدين له بوجودى المادى والمعنوى والذى أطمع بهذا المؤلف أن أكون عند حسن ظنه بى كما أرجو أن ينال هذا المؤلف رضاؤه كرجل قانون وضع لى دستور العمل فى الحقل القانونى يقوم على الالتزام بالعدل وتقديس الحرية .

كما أهديه لكل من شارك بجهده فى أن يرى هذا المؤلف النور وهم جميعا من خاصة أهلى فلهم منى جزيل الشكر .

المؤلفات والمقالات السابقة

١ - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دراسة تطبيقية فى مصر .	رسالة جامعة القاهرة ١٩٨٧
٢ - الرقابة على القرارات التقديرية للإدارة فى خصوص الموظفين .	ملحق مجلة المحاماة
٣ - الضمانات والإجراءات التأديبية - طبعة أولى وثانية .	الناشر نقابة المحامين
٤ - إختصاص مجلس الدولة .	الناشر نقابة المحامين
٥ - الوسيط فى شرح إختصاصات مجلس الدولة (وفقا لأحكام المحكمة الإدارية العليا والنقض والدستورية العليا حتى بداية القرن ٢١)	جزء أول ـ وجزء ثان
٦ -إجراءات المرافعات أمام القضاء الإدارى.	طبعة أولي: نقابة المحامين طبعة ثانية منشورات صادر - لبنان
٧ - أحكام وفتاوي مجلس الدولة في خصوص العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والكادرات الخاصة(ثلاثة أجزاء) حتى سنة ١٩٩٨ .	ثلاث مجلدات
٨- جديد أحكام وفتاوي مجلس الدولة في خصوص العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والكادرات الخاصة(ثلاثة أجزاء) -(١٩٩٨-٢٠٠١) .	
٩ - التأديب فى الوظيفة العامة والضمانات أمام المحاكم التأديبية ومجالس التأديب وفقا لأحكام مجلس الدولة حتي نهاية القرن العشرين .	

١٠ - الموسوعة الدستورية .

١١- وجيز أحكام المحكمة الدستورية العليا منذ إنشاء المحكمة العليا وحتي يوليو ١٩٩٩.

ملحق مجلة المحاماة

١٢- دعوى الإلغاء: الكتاب الأول شروط قبول دعوى الإلغاء الكتاب الثانى أسباب الغاء القرارات الإدارية .

١٣- الدفوع فى نطاق القانون العام(خمسة أجزاء) الكتاب الأول : الدفوع المتعلقة بالخصومة والدعوى الإدارية الكتاب الثانى ، الدفوع العامه والدفوع أمام القضاء المتخصص فى مجلس الدولة وفقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٢ الكتاب الثالث ، طرق الطعن العادية وغير العادية فى أحكام محاكم مجلس الدولة وفقاً لأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا حتى بداية القرن ٢١ الكتاب الرابع ، الإجراءات والإشكالات الخاصة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين فى مصر وفقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا حتى عام ٢٠٠٢ الكتاب الخامس ، وجيز أحكام المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا من عام ١٩٧١ حتى ٢٠٠٢/١٠/١.

١٤- العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات الكتاب الأول:إبرام العقد الإدارى الكتاب الثانى :تنفيذ العقد الإدارى الكتاب الثالث: عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإدارى وقواعد المسئولية العقدية فى قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى سنة ٢٠٠٤ملحق الكتاب : الفتاوى والأحكام الصادرة فى خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات عام ١٩٨٠ - ٢٠٠٤ (جزء خاص بالأحكام والفتاوى غير المنشورة).

١٥- إجراءات الدعوى أمام محاكم مجلس الدولة وفقاً لقانون المرافعات وقضاء مجلس الدولة وبين قضاء النقض وقضاء المحكمة الإدارية العليا حتى بداية القرن ٢١ جزئين - ملحق خاص : صيغ الدعاوى والطلبات أمام محاكم مجلس الدوولة مع الإشارة إلى أحكام المحكمة الإدارية العليا - قانون مجلس الدولة - وقانون المرافعات المدنية والتجارية .

١٦- التراخيص الإدارية والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها فى قضاء وافتاء مجلس الدولة خمسة أجزاء .

المقالات :

١ - نظام الإنتخاب بالقائمة ومخالفة الدستور .

٢ - إصلاح نظام الإنتخاب في مصر .	بحث مقدم لمؤتمر العدالة عام ١٩٩٠
٣ -قانون النقابات المهنية ومخالفة الدستور.	مجلة العدالة
٤ - الديمقراطية فى الفكر العربي بين الاشكاليات والمثل العليا .	مجلة الحقوق
٥ - تطوير مفهوم القرار الإدارى .	مجلة هيئة قضايا الدولة

(دار النهضة العربية ٣٢ ش عبدالخالق ثروت - دار الكتب القانونية بالمحلة - دار الفكر العربي ش عباس العقاد مدينة نصر- منشأة المعارف بالأسكندرية - عالم الكتب شارع عبد الخالق ثروت - مكتبة شادى ٢٩ ش عبدالخالق ثروت - المطابع الأميرية) .

مقدمة الطبعة الثانية

تأتى هذه الطبعة بعد قرابة عشرين عاماً من الطبعة الأولى لهذه الرسالة وقد حدثت تطورات كثيرة حول هذه الفكرة استدعت اصدار هذه الطبعة وحرصت أن يأتى الجزء الأول من هذا المؤلف بحالته عند مناقشة هذه الرسالة دون تغيير.

وجاء الجزء الثانى متضمناً تطورات الفكرة وتطبيقاتها فى الفترة الزمنية اللاحقة لهذه الرسالة والتى أرجو ان تسد نقصاً فى المكتبة الدستورية حول موضوعها .

والله ولى التوفيق ..

المؤلف

مقدمة الرسالة

إن السبب الرئيسى وراء التفكير فى عمل هذه الرسالة يتمثل فى ذلك الكم الكبير من القوانين التى صدرت إبان مرحلة حكم الرئيس الراحل محمد أنور السادات والتى كانت تصدر بقصد أن تطبق على حالة أو حالات فردية محددة ومعروفة سلفا للبرلمان أى أن هذه القوانين فى حقيقة الأمر عبارة عن قرارات إدارية فردية فى حقيقتها وإن صدرت فى عبارات عامة مجردة أى أنها تأخذ كذبا شكل القانون .

ومن هنا كان التساؤل الذى ثار عندى وهو وجه الطعن الذى يمكن أن ينسب إلى هذه القوانين وساعد على تعميق الحيرة فى الاجابة على هذا التساؤل إطراد القضاء الدستورى فى مصر على الأخذ بظاهر النص القانونى دون محاولة فحص حقيقة هذا القانون وغايات نصوصه ولا يعيب هذا قضاء المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا نظرا لحداثة إنشاء كلا المحكمتين فضلاً عن هذا فإن الفقه أيضا كان متشبعا بفكرة سيادة الأمة وسيادة البرلمان وأنه لا يمكن تصور الخروج المتعمد على الدستور من قبل جمع كبير من النواب فى البرلمان وكان معنى هذا أن هذه القوانين لم يتسنى الطعن فى دستوريتها إلا إذا خرجت على أحد مبادئ الدستور خروجا صريحا ومن هنا كانت الفكرة الأساسية وهى البحث عن وصف قانونى لذلك العيب الخفى

الذى يصيب القانون فيجعل ظاهره الصحة وباطنه الفساد ولم يكن هذا العيب سوى الانحراف التشريعى وقد ساعد على إظهار هذه الفكرة فضلا عن مقالة الدكتور السنهورى حول الانحراف التشريعى هو ما ورد عنها فى بعض مذكرات الساده المحامين أمام محاكم مجلس الدولة والمحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا وتبنى هذه الفكرة الساده مفوضو المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا أى أن هذه الفكرة وجدت واقعا عمليا وكانت الحاجة ماسة التى إلى تأصيل فكرى لها يميزها عن سائر الأفكار المتعلقة بالعيوب التى قد تشوب القانون من ناحية ويضع لها الحدود والملامح التى تجعل القضاء الدستورى يعترف بها ويطبقها على الدعاوى الدستورية التى يثار فيها الدفع بوجود إنحراف تشريعى فى القانون .

ولقد كان الجانب الآخر في هذا البحث يقوم حول حقيقة عمل القضاه بصفة عامة والقضاة الدستوريون بصفة خاصة ليس فقط لاثبات إمكانية إستعانة القضاة بهذا العيب فى عملهم ولكن أيضا لاظهار أن سلطانهم على النصوص الدستورية عند تفسيرهم وتطبيقهم للدستور يتضاءل إلى جانبه سلطتهم فى حالة بحثهم عن الانحراف التشريعى بل ان سلطتهم فى الكشف عن الانحراف التشريعى تجعلهم لا يتجاوزون حدود عملهم كقضاة عكس الأمر فى كثير من الاحيان عند تفسيرهم وتطبيقهم للدستور حيث يستتروا وراء سلطتهم هذه لفرض افكارهم ومبادئهم الدستورية .

ولقد كان واجبنا أن نأتي بتطبيقات عملية لقوانين معيبة بالانحراف ولما كان الكشف عن الانحراف يقتضى اثباته من سائر الادلة والقرائن فهو يستلزم ان نتناول القانون فى سائر مراحله بدءا من تلك المراحل التى لا ينشر عنها شيئا بصفة رسمية ولكن تأتى إشارات لها على لسان زعماء الاحزاب أو اعضاء البرلمان الذين اقترحوا القانون وهذه الاشارات قد تكون معينا للنظر الى القانون فى ضوء الهدف الذى ابتغاه من اقترحه منه لذا كانت هذه الدراسة تطبيقية على مصر فقط لعدم وجود القدرة على متابعة حقيقة بعض القوانين المشوبة بالانحراف فى البلاد الأخرى وتعنى هذه الدراسة بالرقابة القضائية على دستورية القوانين دون غيرها من أوجه الرقابة الاخرى ليس فقط لفاعلية هذه الرقابة فى الكشف عن عيوب التشريع ولكن لانها الرقابة التى يدور حولها الجدل فى امكانية ان تتطرق إلى نطاق الانحراف التشريعى فالرقابة السياسية على دستورية القوانين لاتثريب عليها ان تطرقت إلى هذا المجال انها فضلا عن كونها رقابة سياسية فليس من شأنها ان تصدر أحكاما ملزمة لكافة السلطات الأخرى كما هو الحال فى الرقابة القضائية .

وأخيرا فأننا لم نتطرق فى هذه الدراسة الى القرارات أو المراسيم بقوانين التى قد تكون معيبة بالانحراف ليس فقط لان المستقر فى الفقه أنها قرارات إدارية لحين عرضها على البرلمان بل ولان صدورها من شخص فرد يجعل تصور انحرافه أمر ممكن ، ولهذا تدور الدراسة حول القوانين الصادرة

من البرلمان حتى تتمكن من الاحاطة بكافة أوجه النقض الموجهة لامكانية القول بانحراف هذه القوانين عن الصالح العام .

ونرجو أ نكون بهذه الدراسة قد قدمنا اسهاما يفتح الباب لذوى الشأن ليمكنهم الطعن على بعض القوانين التي يوجد بها انحراف تشريعي.

كما نرجو أن تكون هذه الدراسة نقطة البدء في دراسات أخرى تثرى المكتبة القانونية حول هذا الجانب الخفى من عمل كل من السلطة التشريعية والسلطة القضائية .

والله ولى التوفيق

القسم الأول

فكرة الإنحراف التشريعى وإمكانية الرقابة عليها

من سيادة البرلمان إلى سيادة الدستور

بغض النظر عن الخلاف حول أصل نشأة المجتمعات البشرية ، فالثابت أنه ما تكاد الحياة الاجتماعية تستقر حتى يتولد بين الأفراد ضمير جماعى يربط بينهم ويحملهم على الرضا بالنظام غير ان هذا الضمير الجماعى وان كان هو الآخر ظاهرة اجتماعية تلازم نشأة المجتمع ويتطور بتطوره فانه لايكفى وحده لضمان استمرار النظام الجماعى واستقراره ذلك أن شرطا أساسيا لا يزال يلزم لضمان هذا الاستقرار مقتضاه أن تقوم فى المجتمع سلطة سياسية تستطيع بما تحوزه من قوة مادية أن تصرف الحياة الجماعية تحميها وتطورها ، ولصيانة الوجود الجماعى وكافة استقراره تظهر فكرة السلطة العامة لتسهر على الصالح الجماعى وتطوره ولتطوع السلوكيات الفردية بما يحقق الأمن والسلام الجماعيين .

ويتحقق وجود السلطة العامة حين يحدث أن ينقسم أفراد المجتمع الى فئتين فئة قوية أيا كانت مظاهر قوتها وفئة أخرى محكومة يكون عليها أن تخضع وأن تطيع . بهذا وحده تنتقل الجماعة البشرية إلى مرحلة المجتمع المنظم فتنبسط فكرة القانون الملزم وتجد فكرة الصالح العام فرصتها فى أن تتحقق بعد أن يتم التصالح بين الغرائز الفردية والغرائز الاجتماعية فى الإنسان[١] ومن هنا استقر فى تعريف السلطة العامة أنها قدرة التصرف الحر التى تباشر بحكم سموها مهمة حكم الناس عن طريق خلق النظام والقانون بصفة مستمرة[٢]. وإذ تجد السلطة العامة سندها الاجتماعى فى كونها تحيط بالوجود الجماعى بقصد صيانته وتطويره فانها لا تحيط بهذا

---

(١) / طعيمه الجرف : نظرية الدولة والأسس العامة السياسى - ١٩٦٤ - ص ٣٧ .

(٢) موريس هوريو : موجز القانون الدستورى - ص ١٤٣ .

الوجود الجماعى فى صورته الراهنة فحسب ولكنها تحيط به أيضا فى صورته المستقبلة . انها اذن اطار آمال الأفراد وأهدافهم النهائية المستقبلة ولذلك فان السلطة العامة وان أخذت فى الحياة الواقعية شكل القوة المادية إلا أنها قبل كل شئ تعتمد فى وجودها وفى شرعية تصرفاتها على رضا المحكومين بها وقبولهم لها . فالسلطة لا ترجع بخصائصها الى الصفات الذاتية لهؤلاء الاشخاص المسند اليهم القيام بها وانما الى الفكرة منها والهدف من ورائها ومن ثم تكون السلطة قوة تولدت عن ارادة جماعية وموجهة الى هدف معين هو الصالح العام وقادرة فى الوقت نفسه أن تفرض على رعاياها السلوك الذى تأمر به[١].

ويرجع ارتباط شرعية السلطة بالرضا إلى أنه قبل فكرة الطاعة للحاكم تنشأ فكرة الهدف الاجتماعى الذى يتجمع حوله الأفراد وأنه على قدر ما يكون عليه الحكام تقبلا لهذه الفكرة ولخدمتها وأكثر كفاءة على تحقيقها يكون تقبل الأفراد لهم ورضاهم بطاعتهم ولذلك كان السند النهائى لشرعية السلطة هو أنها تقوم على خدمة الصالح الجماعى المشترك ولعل من المفيد أن نميز دائما بين هذا السند الاصلى لشرعية السلطة وبين الرضا بالسلطة . ذلك أن هذا التمييز هو الذى يحفظ للسلطة حريتها فى التصرف فى مواجهة المحكومين[٢].

والصالح الجماعى المشترك الذى تتجمع حولة الحياة الجماعية ويحدد آمال الأفراد وأهدافهم المستقبلة لا يتحقق تلقائيا ذلك أنه لا يزال يتطلب من الأفراد أن يسلكوا سلوكا معينا يوجبه بما لا يهدد الصالح العام أو

---

(١) بيردو : مطولة عن علوم السياسة ١٩٦٩ - جـ١ ص ٢١٣ .
(٢) د/ طعيمه الجرف : المرجع السابق - ص ٣٢ .

يحول دون تطوره وهو ما يوجب أن يتوافر فى المجتمع السياسى نظام سلوكى محدد يحيط بالأنشطة الفردية ويوجهها وليست قواعد هذا النظام السلوكى فى النهاية غير القانون وهذا القانون الذى ينشأ تلقائيا مع نشأة المجتمع الإنسانى تطويرا لفكرة العدل وصورة عن الهدف الجماعى النهائى لا يزال مع ذلك فى حاجة إلى قوة عاملة تتولى فى شأنه مهمتين أساسيتين فهى أولا تقوم على وضع فكرة القانون التى تعيش فى ضمير الأفراد موضع التنفيذ فنجد هذه الفكرة تهبط بها الى الواقع العملى فيما تقرره عن قواعد سلوك محددة ومعلومة رسمياً للناس وهى ثانيا تسهر على تنفيذ هذه القواعد السلوكية وحمايتها ضد كل محاولة للخروج عليها من جانب الأفراد مستخدمة فى ذلك قوتها المادية عند الاقتضاء من هنا فقد تلازمت فكرتا السلطة والقانون ، ويمكننا القول أن السلطة السياسية ليست فى حقيقتها غير فكرة القانون ذاتها منظورا اليها فى مجال وجودها الواقعى مطبقة فعلا بين الأفراد[١] .

وعلى هذا فان السلطة السياسية ركن من أركان الجماعة أيا كانت هذه الجماعة وثبت بإتفاق الشراح أن شرط قيام الدولة فضلا عن الشعب والإقليم هو توافر عنصر التنظيم السياسى بما يكفل فى المحل الأول ضرورة وجود سلطة سياسية تؤدى وظائف الدولة الخارجية والداخلية وتكون مسئولة أمام الجماعات الأخرى عن كافة الشئون التى تتعلق بالإقليم والشعب ونظرا لما للسلطة السياسية فى الدولة من صفات ذاتية خاصة فقد أطلق عليها الفقه الفرنسى اسم السيادة وصفة السيادة أن سلطة الدولة عليا لايسمو عليها شئ ولا تخضع لأحد ولكنها تسمو فوق الجميع وتفرض

(١) بيردو : المرجع السابق - ص ٣٢١ ، وهوريو - القانون الدستورى - ص ١٤٥ .

نفسها على الجميع ومعنى السيادة مجموعة من الاختصاصات تنفرد بها السلطة السياسية فى الدولة وتجعل منها سلطة آمرة ونتيجة لتأسيس السلطة وقيام الدولة صاحبا لها تكون هذه السلطة دائمة وتمتد الى ما وراء الحكام العرضيين الذين يمارسونها ومهما تعدد الحكام فى الدولة فالسلطة التى يمارسونها واحدة لا تتجزأ فهم ليسوا الا مجرد أدوات لممارسة السلطة دون أن يكون لأى واحد منهم حق فى هذه السلطة أى أن الهيئات الحاكمة فى الدولة أن مارست كل منها اختصاصات مستقلة فهى لا تتقاسم فيما بينها السلطة العامة وانما تتقاسم الاختصاصات فقط[1]. واذا كانت هذه هى خصائص السلطة السياسية فى الدولة وبغير دخول فى تفصيلات تتعلق بالنظريات السياسية التى ظهرت لتبرير السلطة السياسية وتفسير ظاهرة خضوع المحكومين للحكام وهى النظريات التى تبحث فى أصل الدولة[2]، فأننا يمكننا القول بأن المراد بحق السيادة هو التعبير عما تملكه من سلطة عليا فى الخارج تتمثل فى استقلال الدولة وعدم تبعيتها لوحدات سياسية أخرى خارجية إلا أن ما يهمنا هنا أن الدولة تملك بمقتضى حق السيادة أيضا سلطة عليا فى الداخل فتتمثل فى عدم وجود سلطات موازية أو منافسة لسلطة الدولة وترمز السيادة السياسية فى هذا المعنى الى القوة السياسية صاحبة السيطرة الحقيقية فى الدولة بحيث لا تكون السيادة

---

(١) كاريه دى ملبرج : النظرية العامة للدولة - ١٩٢٢ - ص ٢ ، موريس دوفرجيه - القانون الدستورى - ص ٦٠ ، ٧١ .

وأنظر د/ ثروت بدوى - النظم السياسية - جـ١ ، النظرية العامة - ١٩٧٠ - ص ٤٠ وما بعدها . حيث يفرق بين السلطة والسيادة على أساس أن السيادة وصف أو خاصية تنفرد بها السلطة السياسية فى الدولة .

(٢) نظريات أساس نشوء الدولة . د/ ثروت بدوى - المرجع السابق - ص ٨٢ وما بعدها .

القانونية فى النهاية الا ترجمة صادقة لما تعرضه من اتجاهات وخطوط فى شأن مستقبل الجماعة[١] .

ان صاحب السيادة هو من يملك قدرة تحديد فكرة القانون الصحيحة فى الجماعة وهو قد يكون شخصا (الملك) وقد يكون طبقة (النظم الارستقراطية) وقد تكون الامة كلها (فلسفة القرن ١٨ في الديمقراطية) وكانت السيادة بهذا المعنى تختلط بشخص الحاكم فى النظم القديمة وتطورت النظم السياسية الى أن أصبح الشعب هو صاحب هذه السيادة وأصبحت الدولة هى التنظيم السياسى القانونى الذى تظهر من خلاله هذه السيادة الشعبية وانقسمت النظم السياسية تبعا لذلك الى نظم لا تعترف بسلطة التقرير النهائية لمستقبل الجماعة الا لفرد واحد دون بقية جمهور المحكومين وهو ما يعرف بالنظم الفردية الاوتوقراطية وإما ان يقوم النظام السياسى على عكس النظام الأول تماما فيعترف لكل جمهور الأفراد فى الدولة بحق المشاركة بطريقة أو بأخرى فى سلطة التقرير النهائى لمستقبل الجماعة وهو ما يعرف بالنظام الديمقراطى وتوجد بين فكرةالحرمان المطلق لجمهور المحكومين من سطة التقرير النهائى لمستقبل الجماعة وبين التسليم لهم جميعا بهذه السلطة مسافات بعيدة يمكن أن تسمح بتعدد النظم السياسية طبقا لمدى الابتعاد أو الاقتراب من كل من هاتين الفكرتين الأساسيتين وهو ما أدى عملا إلى ظهور بعض النظم السياسية التى تقوم على حكم الأقلية أى النظم الارستقراطية وكذلك فإ النظم الديمقراطية قد أتخذت صورا متعددة ومختلفة .

---

(١) د/ بطرس غالى ، د/ محمود خيرى عيسى : مبادئ العلوم السياسية - ص ١٩٧ .

إلا أن الأمر يجب أن يستوقفنا هنا وأن نلاحظ أن الفكر السياسى إذا كان قد انتهى الى أن السيادة هى للشعب إلا أن هذا التحديد لن يغنى شيئا ازاء الاجابة على تساؤل هام هو كيف يمكن أن يباشر الشعب هذه السيادة وهى المشكلة الرئيسية فى مجال القانون الدستورى والانظمة السياسية منذ ظهور حق الشعب فى حكم نفسه بنفسه هو شعار المذهب الديمقراطى منذ نشأة هذا النظام الى الأن وقبل أن نحاول فى تحليلنا المختصر لكيفية الاجابة على هذا التساؤل وأثر الاجابة عليه على العلاقة بين الشعب والبرلمان أن نشير اشارة عابرة الى علاقة السيادة بالقانون ذلك أن من يملك السياده هو من يملك تحديد القانون الذى يخضع له سائر أفراد المجتمع وارتباط فكرة السيادة قديما بشخص الحاكم أدى إلى ارتباط القانون بشخصه أيضا فالقانون هو ما ينطق به وهو حتى غير خاضع له وكان بودان هو أول من أشار الى فكرة السيادة كخصيصة من خصائص الدولة إلا أنه الصق السيادة بشخص الملك وكانت النظريات الثيوقراطية فى الحق الالهى المقدس وفى التفويض الالهى بداية فكرة الفصل بين حق السلطة وممارستها فالسلطة لله أما الحكام فهم مجرد اشخاص مفوضين من السماء لرعاية أمور الناس وما كانت محاولة توماس الأكوينى فى التميز بين الحكومة العادلة والحكومة غير العادلة الاتأكيدا من جديد لضرورة احترام أحكام القانون ومع أوائل القرن الثامن عشر شهدت الإنسانية نقطة تحول حاسمة فى الأفكار وفى النظم السياسية فقد تجددت دراسات القانون الطبيعى ونظريات العقد الاجتماعى احدثت آثارها فى انتشار تعاليم المذهب الفردى الحر بكل ما يقوم عليه من نظريات الحقوق والحريات العامة الطبيعية وانتهت نظريات العقد الاجتماعى الى تغيير الاساس التقليدى فى

سيادة الدولة فهدمت المبدأ المستقر فى سيادة الملك لتقييم مكانة مبدأ السيادة الشعبية[١] وهنا نجد أن كلا من السيادة والقانون انما اصبحتا شيئا واحدا أى يمكن القول بأن الشعب هو صاحب السيادة ولذلك فان القانون انما يصدر معبرا عنه ونعود الى سابق سردنا ولكن كيف يكون القانون صادرا عن الشعب أو معبرا عنه ؟

أن أهم النظريات التى تؤلف الاجابة على هذا التساؤل هى نظريتى سيادة الأمة وسيادة الشعب - طبقا لنظرية سيادة الشعب فان السيادة تكون لكل أفراد الشعب وان سلطة القيادة تستقر مباشرة فى مجموع المواطنين وبالتالى فان كل مواطن يملك جزءا من السيادة وتنتهى نظرية سيادة الشعب الى تقرير مبدأ الاقتراع العام كما أن هذه النظرية تقيم العلاقة بين النائب وناخبيه على أساس فكرة الوكالة الالزامية حيث يكون النائب مسئولا أمام ناخبيه . يقدم لهم حساباً عن أعماله كما يستطيع الناخبون عزله فى أى وقت[٢] وتقوم نظرية سيادة الأمة على أساس آخر أنها تقرر السيادة للأمة بوصفها ذلك الكائن المعنوى الذى يختلف عن مجموع أفراد الشعب ويستقل عنهم وتجد هذه النظرية سندها الفكرى فى كتابات روسو حيث كان يقصد باعلانه للإرادة العامة وليس حاصل جميع الارادات الفردية ولكن كان يقصد الارادة العامة للأمة باعتبارها شخصا معنويا مجردا تختلف ارادته عن ارادات الأفراد المكونين له[٣] وبالرغم من أن روسو قد ذهب إلى أن الارادة العام غير قابلة للانتقال أو

---

(١) د/ طعيمه الجرف : نظريةالدولة - ص ١٥٧ .

(٢) د/ ثروت بدوى : النظم السياسية ص ١٩٧ - ٤٦ وما بعدها .

(٣) اندريه هوريو : القانون الدستورى والانظمة السياسية ١٩٧٠ - ص ٣١٥ .

التمثيل[١] فان تطور الواقع أدى إلى أن تسند الى هذه النظرية أساس الأخذ بالنظام النيابى وكان ذلك نتيجة أن الأمة فى حاجة الى من يعبر عن ارادتها وهنا ظهرت الحاجة إلى استعمال فن قانونى يسمح بأن تسند الى الأمة ارادة ولما كانت الأمة بوصفها كائنا معنويا لا يمكن أن يكون لها ارادة لذلك يجب أن يعبر اشخاص فعليون عن ارادتها وهنا ظهرت نظرية النيابة أو التمثيل النيابى فالتمثيل النيابى هو الذى تعبر به سلطة الشعب عن نفسها[٢] وطبقا لنظرية سيادة الأمة (المطورة أيضا) فان التعبير عن ارادة الأمة لا يكون بواسطة أى فرد أو أى جماعة ما سوى النواب وتستبعد نظرية النيابة الأخذ بأية صورة من صور الديمقراطية شبه المباشرة حيث تقرر أن البرلمان وحده هو الذى يعبر عن إرادة الأمة فى شكل قوانين فالقوانين هى المعبرة عن الارادة العامة وطبقا لهذه النظرية أيضا يكون النائب مستقلا فى مواجهة ناخبيه لأن النائب يمثل الأمة كلها ولا يمثل دائرته الانتخابية ولذا فقد الغى مبدأ الوكالة الالزامية وحل محله مبدأ الوكالة العامة ومن ثم فقد أصبح النواب هم مصدر القرارات العليا دون أن تربطهم بالناخبين أية وكالة الزامية[٣].

ان التفسير الواقعى لنظام التمثيل اللنيابى يقوم على أنه يجب الا نشغل أنفسنا بالنظم القانونية القائمة والمستمدة من القانون الخاص[٤]

(١) انظر عرضا مفصلا لأراء روسوفى د/ عصمت سيف الدوله - التمثيل النيابى ومشكلة الديمقراطية ص ٧٦ وما بعدها .

(٢) د/ أنور رسلان : الديمقراطية بين الفكرين الفردى والفكر الاشتراكى ص ١٦٥ .

(٣) اسمان القانون الدستورى جـ١ - ص ٣١١ وجورج فيدل المطول فى القانون الدستورى - ١٩٤٩ - ص ١٣١ .

(٤) انظر اسباب فشل نظريات القانون الخاص كالوكالة والنيابة فى تكييف علاقة النائب بناخبيه . ثروت بدوى - المرجع السابق - ص ٤٨ ، د/ عصمت سيف الدولة- المرجع السابق- ص٢٣٩.

وعلينا ان ننطلق من تلك الفكرة الأساسية التى يؤيدها الواقع وهى ان ثمة ضرورة سياسة لقيام علاقة اتساق بين البرلمان والأمة ومن هنا فان اقامة وتنظيم حكومة نيابية ليست مسألة تحليل قانونى غايته البحث فى الاشكال القانونية عن ذلك الشكل الذى يعتبر التمثيل النيابى تطبيقا له ثم استخلاص نظام قانونى منه عن طريق القياس ولذا يجب أن ينحصر البحث فيما ينتجه الفن الدستورى من امكانيات منع البرلمان من الحكم على وجه لا يتفق والرأى العام مثل بعض تسهيلات حل البرلمان والتجديد الفكرى له وتوسيع قاعدة الناخبين والإلتجاء الى الاستفتاء الشعبى والاقتراع الشعبى المأخوذ بهما فى الحكومات شبه المباشرة والذين يمكن ان يفيدو فى انضباط الحكومة النيابية كما يجب أن نضمن للبرلمان قدرا من الاستقلال حتى يسمح له بألا يتبع الرأى العام تبعية عمياء وأن يمارس حقه فى القيادة على نحو صحيح اذ رأى ان البلاد مخطئة وبالتالى لابد من رفض فكرة الوكالة الملزمة كمايجب ألا يكون حل المجلس بالغ السهوله وأن تكون مدة النيابة لسنوات كافية وأن نحصن الأعضاء ضد المسئولية ذلك لأن اقامة حكومة نيابية هى اقامة توازن دقيق بين البرلمان والرأى العام قابل بلا نهاية للتنويع تبعا للمستوى الثقافى والاخلاقى وتبعا لدرجة نمو وعى الرأى العام فى مجتمع معين وزمان معين(١).

ويميل الى هذه النظرية الاتجاه السائد فى الفقه المصرى(٢).

---

(١) بارتلمى ودويز : المرجع السابق - ص ٨٨ ، ١٠٦ .

(٢) د/ عبد الحميد متولى : الوسيط فى القانون الدستورى - ص ١٧٦ ، د/ عثمان خليل - القانون الدستورى - ص ١٩٨ ، د/ ثروت بدوى - النظم السياسية - ص ١٨١ .

الدستور والإرادة العامة للأمة :

تقوم فكرة الدستور فى رأينا على فهم صحيح لمبدأ الارادة العامة للأمة وهو يعد لذلك المعبر عنها فقد أصبحت فكرة الدستور اليوم هى الفكرة المحققة للمعادلة الصعبة التى حاولت الديمقراطية حلها منذ وعى عليها الفكر السياسى فاذا كانت السيادة للشعب فلا يجوز أن تقتصر هذه السيادة على وضع التشريع لأن تطبيق التشريع قد يخل اخلالا كبيرا بهذا التشريع ولا تستطيع نفس السلطة مصدرة التشريع ان تعمل على تطبيقه أو أن تراقب تطبيقه بصورة تكفل حسن تطبيقه كماان جمع السلطتين فى يد واحده هو الاستبداد بعينه حيث لا يكون هناك عاصم من امكانية جعل الاهواء هى أساس تطبيق القانون .

فكانت فكرة الدستور هى الحل فكيف يمكن أن يكون الدستور معبرا عن هذه الارادة العامة ؟

أن فكرة الدستور لم تظهر متأخرة عن نظام الدولة فمن المسائل المسمله أن لكل دوله دستورا يبدأ معها ويلازمها التطور أيا كان نظامها السياسى أو شكل الحكم فيها غاية الأمر أنه فى الدولة القديمة والوسطى ونظرا لاختلاط حق السلطة بشخص الحاكم فقد وقفت فكرة الدستور عند الجانب الوصفى الذى لا يهتم باكثر من تحليل النظام السياسى القائم ومن غير أن يكون له مدلولا قانونيا معلوما وباختصار لم تكن قد ظهرت بعد فكرة الدستور المعاصرة باعتباره نظاما قانونيا ملزما للحكام وكان مما أدى الى ذلك وساعد عليه أن السلطة السياسية فى العصور القديمة والوسطى كانت تغلب عليها خاصية القداسة وتختلط بالمعتقدات الدينية وكان

الخضوع للحكام نوعا من الخضوع لارادة الآلهة وأحكام الدين[١].

وحين ظهرت الدولة القومية الحديثه في أوروبا في أواخر القرن الخامس عشر على أساس حق الملك في السيادة المطلقة أخذت تظهر كذلك فكرة الدستور ولكن على أساس تنازل من الملك يقبله الشعب أو ممثليه فالدستور الناشئ يأخذ مدلوله اذن من فكرة عقدية وقد ساعد على ذلك أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص لم يكن قد اتضح بعد فكان لابد بالاستعانة في تحديد مدلول الدستور الأخذ بمنطق أحكام القانون الخاص وأساليبه والعقد ولاشك أهم هذه الاساليب وتذهب الفكرة العقدية للدستور الى ان مدلول الدستور يتم على أساس تعاقدى يربط فيه الحاكم والمحكوم على واجب الخضوع من جانب والالتزام لتحقيق النظام والامن وكفالة الحقوق من جانب آخر بحيث تكون شروط هذا العقد أساسا دستوريا للحماية تبرر الخضوع للسلطة وترسم حدود ممارستها واستقرت الحال لهذه النظرية التعاقدية مع السنين الأولى لنشاط الدولة الحديثه على انقاض النظام الاقطاعى فقد عز على الطوائف الاجتماعية من الهيئات المختلفة ورجال الاشراف والأمراء وأصحاب الحرب ورجال الكنيسة أن توجد السلطة السياسية في يد الملك وان يقضى نهائيا على حقوقهم وامتيازاتهم الاقطاعية فدخلوا على صراع الملوك والأمراء يحصلون منهم علي مواثيق وعهود وهى أقرب ما تكون الى التى تكفل لهم امتيازاتهم وتقف حداً على سلطات هؤلاء الملوك والأمراء الصاعدين إلى السلطة ومن أمثلة هذه العهود العهد الأكبر الذى أصدره الملك جان سونيتر بالإتفاق مع الاساقفة والبارونات في يونيو سنة ١٢١٥ وقد التزم الملك فيه باحترام حرية

(١) د/ طعيمه الجرف : المرجع السابق - ص ١٧١ .

الكنيسة وعدم التدخل فى انتخاب رجالها كما قبل تحديد حقوقه على الحائزين لأرض التاج مع تقيده عند فرض الضرائب الجديدة بضرورة موافقة المجلس الكبير مع التزامه بتطهير القضاء واحترام نظام المحلفين[١].

وتطورت نظرية العقد السياسى وأصطبغت بصبغة جديدة تعتمد على سيادة الشعب وثانيا على التنازل المطلق والنهائى عن هذه السيادة للملك أو الأمير بعد أن كانت تعتمد على ان تدخل الشعب فى العقد كطرف له مصلحة يناقش الملك شروط سلطته وحدودها وتطور الفكر السياسى الى حد الوصول الى الفكرة التنظيمية للدستور وذلك تحت ضغط النمو المتزايد للشعور بضرورة أن تجد السيادة الشعبية وسيلة تكون هى المعبرة عنها دون أن ترتبط باشخاص آخرين وكان أولى الوثائق الرسمية التى أكدت هذا المدلول الجديد للدستور اتفاق الشعب الذى أصدره المجلس الحربى لكرومويل فى غضون الثورة ضد الملك شارل الأول سنة ١٦٤٨ فى انجلترا وقد استهدف واضعوا هذه الوثيقة خلق قانون أعلى للدولة يعبر عن سيطرة البرلمان ومحددا لامتيازاته ولحقوق الأمة وملزما للشعب وللحكام على حد سواء وحين استولى كرومويل على السلطة وأقام الجمهورية ووضع دستور ١٦٥٣ اسماه أداة الحكومة استوحى فيه أحكام اتفاق الشعب ومبادئ الديمقراطية التى تجعل السيادة للجماعة وتجعل الدستور من خلق الشعب صاحب السيادة يصدره بإرادته المنفردة ثم يلتزم به الحكام والسلطات المنشأة[٢] ومن تاريخ هذه الوثيقة بدأت تتبلور الفكرة الحديثة للدستور وهى تقوم على محورين :

---

(١) د/ طعيمه الجرف : المرجع السابق – ١٨٠ .

(٢) د/ السيد صبرى : حكومة الوزارة – ص ٩٥ .

(١) أنه عمل صاحب السيادة فى الدولة بإراداته المنفردة .

(٢) أنه نظام الدولة الأساس يسمو على جميع سلطاتها العامة فهو الذى ينشئها ويحدد لها اختصاصاتها ومن نقطة الأساس هذه بدأ يستقر المبدأ القاضى بسيادة السلطة المؤسسة على السلطات المنشأة والتابعة وما يتفرع عن ذلك من ضرورة التمييز بين القانون الأساسى والقوانين العادية وفى ذلك يذهب بعض الفقهاء الى أنه لما كان الدستور هو الذى ينشئ السلطة التشريعية ويمنح لها اختصاصها فانه لن يكون فى مقدور المشرع أن يعدل الدستور أو أن يلغيه والا كان من شأنه ذلك التسليم بأن يهدم مصدر سلطة وأساسها[١] .

ومن هنا نستطيع أن نبين مدى صدق نظرية روسو فى الارادة العامة اذ ان وضع الدستور بواسطة سلطة تأسيسية ويستفتى عليه من الشعب لهو تحقيق للإرادة العامة للأمة كما يوضح أن نظريته فى عدم جواز انتقال السيادة أو تجزئتها تنطبق على الدستور لاعلى البرلمان وان فى طبيعة الدستور من اشتماله على تنظيم للسلطات واشارات الى أوامر أو نواه لا يجوز لأى سلطة ان تخرج عليها ليعطى الفرصة للرقابة على ما قد تصدره السلطة التشريعية من قوانين مخالفة له ولقد أصبح الدستور الآن محض قاعدة قانونية عليا تقررها الارادة المنفردة لصاحب السيادة ويحددها النظام القانونى للسلطة وطريقة ممارسة الحكام لوظيفة الحكم على أن تلتزم به فى نفس الوقت جماعة المحكومين باعتبارهم خاضعين لحكم الارادة العامة والدستور يحدد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة التى يجب أن تعيش فى ظلها جميع أوجه النشاط الفردى والحكومى على

---

(١) اسمان : المرجع السابق – ص ٦٠٧ .

السواء أي الاشخاص والهيئات التي يكون لها حق التصرف باسم الدولة في نطاق هذه الفكرة الرسمية للقانون فانه يرسم للحكام نظامهم القانونى الذى يلتزمون به اذا أرادوا لتصرفاتهم أن تكون مشروعه نافذه ومن هنا كان الاصل فى السلطة التى يحكمها الدستور أن تكون مقيدة بسبب ضرورة التزام القائمين عليها أحكام هذا الدستور والا فانها تنقلب إلى سلطة فعلية غير قانونية وتصبح القوة المادية سندها الوحيد .

ومن هنا ظهر مبدأ سيادة الدستور(١) أوعلو الدستور واذا اخذنا الدستور بمعناه كقانون أعلى فى التدرج من سائر القوانين الأخرى الصادرة من السلطة التشريعية فيمكننا القول بأن علو الدستور هو مظهر من مظاهر مبدأ سيطرة أحكام القانون (أو مبدأ المشروعية(٢)) الذى يسودالدولة المعاصرة وهو يعنى خضوع جميع السلطات للقانون (بمعناه العام متضمنا الدستور) ويأتى مبدأ تدرج القواعد القانونية ليعنى على الأخص خضوع القانون للدستور ذلك أنه قبل ظهور مبدأ سيادة الدساتير كان مبدأ المشروعية يتمثل فى خضوع سائر السلطات الأخرى للقوانين الصادره من السلطة التشريعية وبعد ظهور مبدأ سيادة الدستور أو علوه أصبحت الوظيفة التشريعية تأتى بعد الدستور لتعتبر الاداة الحكومية الأساسية التى يتم بها رسم السياسة العامة للدولة وتحديد اطار السلوك القانونى العام للجماعة حكاما ومحكومين على السواء وكان من مقتضى ذلك أن تصبح أعمال الهيئة التشريعية والتزاما بمنطق المعيار العضوى السائد الآن

(١) انظر التفرقة بين الدستور والقوانين العادية كجانب من مبدأ تدرج التشريعات عند كلسن النظرية الخالصة للقانون - باريس - سنة ١٩٥٣ .

(٢) انظر الخلاف حول تعبير مبدأ المشروعية أو مبدأ سيطرة احكام القانون ، د/ عبدالحميد متولى - المرجع السابق - ص ١٩٢ .

للتمييز بين أعمال الوظائف الثلاثة طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات تصبح أعمالها التي تصدرها على مقتضى الأجراءات الدستورية المقررة في درجة من التدرج أعلى من أعمال الهيئة التنفيذية والقضائية بحيث لا تملك أى منهما ان تخالفها أو تخرج عليها وهذا الخضوع لأعمال السلطة التشريعية وهو خضوع وظيفي لا أكثر حيث ان كلا من الهيئتين التنفيذية والقضائية لاتزال كل منهما مستقلة استقلالا عضويا فيما بينهما من ناحية وفيما بينها وبين الهيئة التشريعية من ناحية أخرى(١) وبعد ظهور مبدأ علو الدستور تصبح هذه المكانة المرموقة للتشريع مرتبطة بمدى اتفاق أو مخالفة التشريع للدستور فإذا كان متفقا معه وجب له السمع والطاعة اما اذا لم يكن كذلك فلا سمع ولا طاعة وينتج عن مبدأ علو الدستور ان تصبح الهيئات الدستورية (سواء كانت عبارة عن برلمان أو رئيس دولة أو غيرها) ليس لها حقوق خاصة فيما يتعلق بمزاولتها للسلطة وانما لها فحسب مجرد اختصاصات فشأن هذه الهيئات الدستورية هو شأن الموظفين كل ما لهم هو مجرد اختصاصات وعليه لا يجوز لأى منها الا بإذن من الدستور أن تفوض اختصاصاتها هذه لانه ليس لأى سلطة حق خاص على الوظيفة التي تتولاها(٢) ولتأكيد مبدأ سيادة الدستور نشأ مبدأ آخر الى جواره هو مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وذلك للحافظ على سيادة الدستور بوصفه المعبر عن ارادة الأمة .

وقد يبدو هذا السرد ترويدا لحقائق التطور السياسي والدستوري إلا أن هذا التطور الى سيادة الدستور هو تطور هائل على عكس ما قد يبدو

(١) د/ طعيمه الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون - ١٩٧٦ - ص٤٤.

(٢) د/ عبدالحميد متولي - المرجع السابق - ص ١٩٦ .

لأول وهلة أنه تطور تمليه طبيعة البحث عن مصدر السيادة فى الدولة والنتائج المترتبة على سيادة الدستور كان من شأنها أن يكون لها ما يشبه الثورة فى الواقع على بعض المفاهيم التى بقيت زمنا وكأنها لا يمكن ان تمس ومنها مبدأ سيادة البرلمان بوصف ان البرلمان هو المعبر عن إرادة الأمة فقد انتقلت السيادة من البرلمان الى السلطة التأسيسية وصاحبها هو الشعب ولا أحد غيره وأصبحت هذه السلطة هى أعلى السلطات قاطبة (كل من السلطتين السلطة التأسيسية الأصلية والسلطة التأسيسية للمنشأة) وكان مصدر علوها هو فى مدى ما لها من سلطات فى نطاق التشريع الدستورى فهى حرة فى أن تحدث فى التنظيم الدستورى القائم ما شاءت من التعديلات الجوهرية .

ووجود الدستور فى الدولة ليس إلا علاقة قانونية لواقعة سياسية هامة هى الفصل بين السيادة وسلطة الدولة بكل ما يعنيه هذا الفصل من النظر الى الحاكم باعتباره مندوبا لصاحب السيادة يمارس عنه مظاهر سلطة الدولة فى حدود القانون الأساسى لوظيفة الحكم وهو ما يفيد بالتبعية احترام الحاكم لهذا القانون الأساسى الدستورى الذى يحدد طريقة اختياره وشروط هذا الاختيار ثم يمنحه السند الشرعى للتصرف ويحدد مجال سلطاته واختصاصاته ومن ثم فإن الأصل فى السلطة التى يحكمها الدستور ان تكون سلطة محدوده وعليه كان وجوب مباشرة السلطة فى حدود الدستور القائم هو تطور الى نظام الحكومة الدستورية ويمثل مرحلة جديدة فى تاريخ صراع الإنسان للتخلص من الاستبداد[١] .

---

(١) د/ طعيمه الجرف : نظرية الدولة ص ٤١٣ ، أنظر : د/ سعد عصفور - رقابة القضاء وضرورة حماية الفرد - مجلة المحاماه - سنة ٥١ - ص ١٢٣ ، وأنظر : د/ على البار - الرقابة على دستورية القوانين - سنة ١٩٧٨ - ص ٣٩ ، أنظر : د/ مصطفى أبوزيد فهمى - النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة - ١٩٦٦ - ص ٨٤ .

وعليه ولما كان الدستور صاحب سيادة فى الدولة فإن قدرات الهيئات العامة التى ينشئها ويمنحها اختصاصها تدور وجوداً أو عدما وسعة أو ضيقا مع الضوابط التى تحددها لها قواعد الاختصاص الواردة فى الدستور فالسلطات العامة جميعا تباشر اختصاصات واردة فى الدستور بما فيها السلطة التشريعية التى أصبحت تستمد مصدر وجودها وشكل هذا الوجود وما تسير عليه من إجراءات والاغراض المنوطه بها تحقيقها كل ذلك تستمده من الدستور صاحب السيادة فى الدولة .

ومن هنا أصبح من المستساغ مراقبة مدى اتفاق السلطة التشريعية فى نشاطها مع قواعد الاختصاص هذه الواردة فى الدستور وأصبح الخلاف يكمن فى أفضل الطرق القانونية المحكمة لمراقبة التزام السلطة التشريعية باختصاصاتها المنصوص عليها فى الدستور والمهم فى نظرنا هو هذا المفهوم الجديد لدور السلطة التشريعية فلا هى محصنه وراء تعبيرها عن ارادة الامة لأن ذلك غير ممكن ولا انها صاحبة السيادة فى الدولة لأن صاحب السيادة هو الشعب وعبر عنها فى الدستور ومن هنا بدأ مبدأ الرقابة على دستورية القوانين مبدأ لازما لتدعيم مبدأ سيادة الدستور لزوم مبدأ المشروعية لتدعيم مبدأ سيادة القانون ومبدأ الرقابة على دستورية القوانين ناتج عن الصفة التنظيمية للدستور[١] ووفقا لهذه الصفة يظهر الفارق بين الدستور والتشريعات الصادرة من البرلمان والذى هو فارق ناتج فى الأساس عن تدرج التشريعات فالقواعد القانونية تأخذ فى البناء القانونى شكل طبقات أو درجات بعضها فوق بعض وفى قمتها يوجد الدستور وهو مجموعة القواعد التى تبين كيفية انشاء القواعد القانونية العامة المسماه

---

(١) بيردو : مطوله فى علوم السياسة - جـ٣ ص ٦٩ .

بالتشريع والتى قد تحدد فوق ذلك مضمون التشريع على نحو اجمالى عام فالمهمة الأساسية التى يقوم بها الدستور فى البناء القانونى هو تحديده للهيئات القائمة على انشاء القانون وبيانه للوسائل والإجراءات التى يتم عن طريقها ذلك الإنشاء ويلى الدستور درجة هذه القواعد القانونية العامة التى نظم الدستور احداها والمسماه بالتشريع أو القوانين العامة[١] ومن هنا كان للرقابة على دستورية القوانين أساس منطقى يتفق والحفاظ على هذا التدرج ومن ناحية أخرى فان هذا الفهم لفكرة الدستور يؤدى الى اعتبار المؤسسات التى ينشئها الدستور باعتبارها تستمد سلطتها من اتباعها للقواعد التى رسمها لها لمباشرة اختصاصاتها وسلطاتها فاذا خرجت عن الاطار الذى رسمه الدستور لها أصبحت فى مباشرتها لهذا الاختصاص فاقدة لسند الشرعية اللازمة لها وأضحى عملها هذا قابلا للطعن فيه وينطبق هذا القول على السلطة التشريعية فهى كسلطة منشأة لا يجوز لها ان تخرج عن احكام الدستور فإذا استقر فى النظام الدستورى إنشاء محكمة مختصة ببحث مدى مطابقة القوانين للدستور أو اسناد سلطة فحص دستورية القوانين لاحدى الهيئات القضائية القائمة أصبحت هذه المحكمة مؤسسة دستورية توازى تماما المؤسسة التشريعية التى أوكل إليها الدستور مهمة التشريع ومن هنا تنقضى فكرة سيادة البرلمان وتنهار فكرة التعبير عن ارادة الامة فهذا التعبير فضلا عن عدم امكانية حدوثه كما سلف وأوضحنا فانه لا يقف حجر عثرة أمام المحكمة الدستورية وهى

---

(١) كلسن : النظرية الخالصة للقانون - باريس ١٩٥٣ . وأنظر : د/ أحمد كمال أبوالمجد - الرقابة الدستورية والقوانين فى الولايات المتحدة - ص ٤١ ، ٤٢ ، وأنظر : بيردو - فى مطولة علوم السياسة جـ١ ص ١٨٣ ، ١٢٠ حيث يعرض لنظريته فى تسلسل القواعد القانونية التى تختلف عن نظرية كلسن .

تفحص دستورية القوانين بل أنه فى حالة وجود محكمة دستورية - كما سنوضح فيما بعد - سوف تكون هذه المحكمة بما تملكه فى أحكامها من إلزام هى التى تهيمن على تفسير وتطبيق الدستور أى أنها من الناحية الواقعية تلزم السلطة التشريعية بمفهومها هى عن الدستور ويعد صحيحا لذلك قول رئيس القضاة هولمز .

اننا جميعا (يقصد جميع سلطات الدولة) نخضع للدستور ولكن الدستور هو ما نقوله نحن (قضاة المحكمة العليا فى الولايات المتحدة) .

وعلى كل فإن اعطاء الفرصة للمحكمة الدستورية لفحص دستورية القوانين يعطيها الحق أيضا فى البحث عن وجود عيب الانحراف التشريعى فى القانون الصادر من البرلمان . فالانحراف التشريعى هو أحد العيوب التى قد تصيب القانون بجانب عيوب الشكل والاختصاص والحل والسبب والانحراف . عيب يصيب غرض وغاية مصدر القانون أى السلطة التشريعية فما هو الأساس التاريخى لفكرة الانحراف هذه وما هو مفهوم هذه الفكرة فى النطاق الدستورى وكيف يمكن الرقابة عليها هذا ما سنتعرض له فى أبواب هذا القسم فنعرض فى **الباب الأول** الأساس التاريخى لفكرة الانحراف عموما سواء فى مجال القانون المدنى أو الإدارى ونعرض فى **الباب الثانى** لفكرة الانحراف التشريعى **والباب الثالث** للانحراف التشريعى وسلطة القاضى الدستورى .

الباب الأول

الأساس التاريخى لفكرة الانحراف التشريعى

يقصد بالأساس التاريخى لفكرة الانحراف التشريعى التطورات التاريخية لفكرة الانحراف عموما فى سائر مجالات القانون سواء كان ذلك فى مجال القانون المدنى أو الادارى فالإنحراف التشريعى كفكره ليست إلا امتدادا لفكرة الانحراف ذاتها فى مجال استعمال الحق وفى مجال استعمال السلطة سواء كانت تلك السلطة السلطة الادارية أو التشريعية فالانحراف وفقا لهذا الفهم لا يتغير فى طبيعته وان اختلف الموضوع الذى يقع عليه وبالتالى الشخص المنسوب اليه التصرف المعيب بالانحراف ومن هنا كانت فكرة الانحراف بالحق أو اساءة استعمال الحق والتعسف به وفكرة الانحراف بالسلطة الادارية يمثلان الى درجة كبيرة الاساس التاريخى لفكرة الانحراف التشريعى ليس فقط لانهما ظهرا قبل ظهور فكرة الانحراف التشريعى وانما لانهما قاما على قاعدة غنية من آراء الفقهاء وأحكام المحاكم بما يجعل تلك الثروة الفقهية والقضائية معينا هائلا لامكان تصور وجود فكرة جديدة عن الانحراف التشريعى تعد امتدادا لفكرة الانحراف بالحق وفكرة الانحراف بالسلطة الادارية من هنا نقسم هذا الباب إلى فصلين الأول نتكلم فيه عن نظرية التعسف فى استعمال الحق أو الانحراف بالحق والثانى نتكلم فيه عن الانحراف فى استعمال السلطة الادارية أو الانحراف بالسلطة.

الفصل الأول

نظرية التعسف فى استعمال الحق

مقدمة:

أن مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التى يخولها الحق لصاحبه فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك فى استعماله واستغلاله والتصرف فى ملكه وهذه السلطات التى يستعملها صاحب الحق فى سبيل التمتع بحقه الأصل فيها أن استعمال هذه السلطات بوجه عام يكون فى إطار القانون ويعفى صاحبه من المسئولية عن نتائجة لأن الحق انما يستند الى القانون ويستخدم وجوده الوظيفى فيه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا كان السائد زمنا طويلا ان صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة فى استعمال حقه بحيث لا يكون مسئولا عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الإستعمال وقد أعان على ترويج الاعتقاد فى هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردى غير أن المذهب الاجتماعى الذى يقوم على أساس النظر الى الجماعة وحقوقها قد اتجه وجهة عكسية لوجهه المذهب الفردى فى هذا الصدد فذهب غلاة انصاره الي إنكار فكرة الحق وإعتباره مجرد وظيفه اجتماعية لا تخلع على أصحابها امتيازا بل تفرض عليهم التزاما الى حد القول بأنه ليس لأحد من حقه إلا فعل واجبه .

ووسط هاتين النزعتين المتطرقتين يذهب الفقه الحديث والتشريعات الإسلامية فى مجموعها مذهب وسطا بين المذهبين المتطرفين يتخذ مظهرة

من النظرية المعروفة باسم نظرية التعسف فى استعمال الحق فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة فلا نلغى فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة بل نعترف بالحق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليه بالنفع ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تدفع بصاحب الحق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال[١].

اصول النظرية:

ترجع أصول النظرية التاريخية الى القانون الرومانى والشريعة الإسلامية فالقانون الرومانى ان لم يبين نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق الا انه عرف فى حدود بعض الحقوق فكرة التعسف فى صورتها البدائية الضيقة وهى صورة تعمد الاضرار بالغير ومن ذلك ما قرره الفقيه اليان أن من حفر بئرا فى أرضه فبالغ فى الحفر وتعمق فيه تعمقا من شأنه أن يسقط حائط الجار يكون مسئولا عن الضرر الذى يترتب على ذلك[٢].

وقد اتيح لهذه الفكرة أن تنتقل الى القانون الفرنسى القديم ولكن على

---

(١) د/ حسن كيرة : المدخل الى القانون وانظر رسالته بالفرنسية عن التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى المصرى والفرنسى ص ٧١١ ، وانظر فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، د/أنور سلطان - التعسف فى استعمال حق الملكية مقاله بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٧ - العدد الأول - ص ٧١، ١٣٦ ، وحسنى عامر - نظرية سوء استعمال الحقوق سنة ١٩٤٧ ، السعيد مصطفى السعيد - فى إساءة إستعمال حقوق الزوجية وما يتقيد به فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى - الحديث رسالة القاهرة - ص ١٩٦ ، د/ محمد شوقى الشيد - التعسف فى استعمال الحق معياره وطبيعته فى الفقه والقضاء وفقا لاحكام القانون المصرى - رسالة سنة ١٩٧٧ .

(٢) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى : نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - سنة ١٩٦١ - العدد الأول .

نحو أكثر اتساعا اذ أصبح التعسف متحققا لا باستعمال الحق بغية الاضرار فحسب بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحب ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكصت وتراجعت امام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين الفرنسى الصادر غداة هذه الثورة فى مطلع القرن الماضى بهذه النزعة وما تغلبه من فكرة سيادة الفرد وحريته الكاملة وخاصة فى استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه فى ذلك من قبل القضاء وبظهور المذاهب الاجتماعية عمل القضاء الفرنسى - رغم عبارات النصوص المشبعه بروح الفردية وتعميم اطلاق الحقوق - على فرض رقابة على استعمال الحقوق وعلى مواصلة السير على طريق هذه الرقابة والتوسع فيها بما انتهى فى مطلع القرن الحالى الى احياء ما اندثر من فكرة التعسف فى استعمال الحق ولم يلبث المشرع الفرنسى ان اعتنق نظرية التعسف إن لم تكن فى صورة مبدأ عام فعلى الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة لمثل هذا المبدأ الذى جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل[١].

أما عن مكان هذه النظرية فى الشريعة الإسلامية :

فإن فقهاء المسلمين لم يتناولوا هذه النظرية بوصفها نظرية على النظام المعروف فى الفقه الغربى لأن الفقه الإسلامى لم يبن بوجه عام على النظريات العامة بل هو بصورة خاصة وليد الاستقراء والاستخلاص من دورس القضايا التى استعرضها الفقهاء والناظر لتلك القضايا يستطيع أن يستخلص من احكامها التى قررها الفقهاء نظرية عامة لسوء استعمال الحق

(١) حسن كيرة : المرجع السابق - ص ٧١٤ ، والشيخ عيسوى - المرجع السابق - ص ٣٦ .

على غرار ما صنع فقهاء التشريع الوضعي[١] ذلك ان هناك من المبادئ الأساسية في الدين الإسلامي التى توضح أصول هذه النظرية ومنها:

(١) تغلب روح الخير على روح العدالة .

(٢) مراعاة التوسط فى الأمور .

(٣) التضامن والتكامل ورعاية مصلحة الجماعة .

(٤) تحريم كل أمر يكون ضرره أكثر من نفعه[٢] .

كما أن هناك قاعدتين على جانب كبير من الاهمية فى تعزيز مدى استعمال الحقوق :

(١) ان كل عمل من أعمال الإنسان حتى ما يقوم به باعتباره حقا خالصا له يؤدي عنه حسابا من الناحية الدينية ولها الاعتبار بحسب الشريعة الإسلامية بحيث يكون له أجره أو عليه وزره .

(٢) ان حق الغير محافظ عليه شرعا عند استعمال الإنسان لخالص حقه بحيث صار هذا الحق غير مطلق بل هو مقيد بما سن له ورسم حتى لا يكون فيه اعتداء علي حق الغير[٣] .

وهناك عدد من المبادئ الشرعية والقواعد الفقهية التى تثبت النظرية فى الشريعة منها قاعدة الضرر يزال وان الضرر الخاص يتحمل لأجل دفع الضرر العام وأن الضرر الاشد يزال بالضرر الأخف وفى معناها أنه اذا

(١) الشيخ عيسوى : مقاله سالف البيان – ص ١ .
(٢) الشيخ عيسوى : المرجع السابق – ص ٥١ .
(٣) د/ السعيد مصطفى السعيد : رسالة سالفة البيان – ص ٣٨ .

تعارضت مفسدتان روعى أعظمها ضررا بارتكاب اضعفها وأخيرا فان درء المفاسد يتقدم على جلب المصالح وأن الامور بمقاصدها[١].

ولقد كان من أهم أسباب الأخذ بنظرية المصلحة المرسلة فى الفقه الإسلامى هو منع التحيل على الأحكام الشرعية وفقا لتعريف الامام الشاطبى التحيل بأنه « تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعى وتحويله فى الظاهر الى حكم آخر . والتحيل بهذا المضمون انما هو وسيلة صحيحة فى الظاهر كأن يقوم المكلف بفعل مشروع فى الظاهر قاصدا اسقاط اسباب حكم شرعى عليه كأن ينفق شخص ماله ويهبه بقصد سقوط وجوب الحج عليه وكى يتهرب من ذكاة ماله بأن يهب بعض المال لآخر وكأن يتحايل المورث بفعل ظاهر الجواز كأن يقر بدين للوارث حتى يبطل حكما شرعيا وهو(لا وصية لوارث) ومن هنا نجد أن الفقهاء المسلمين قد توصلوا الى حقيقة شكل التعسف فى استعمال الحق أو الانحراف به[٢] والحيل منها المشروع والمحظور وتعرف الحيل المحظور منها من المشروع من قول الامام الشاطبى فى المرفقات أن مقاصد المشرع تعرف من الفاظ النصوص ومعانيها النظرية جميعا فينبغى أن ينظر الى الالفاظ على وجه لايخل بالمعانى والى المعانى على وجه لا يخل بالالفاظ لتجرى الشريعة على نظام واحد لا اختلافات فيه ولا تناقضات ومن زعم أن مقاصد الشارع لا تؤخذ الا من الفاظ النصوص وظواهرها كالظاهر أولا تؤخذ من المعانى النظرية وان عادت على الظواهر والنصوص بالتعطيل والالغاء كما هو رأى الأخذين بالقياس الذين قدموه على النص من زعم ذلك فقد غلا فى جانب

---

(١) الشيخ عيسوى : مقاله سالفة البيان – ص ٨٤ .

(٢) أنظر فى تحليل أراء فقهاء المسلمين كالشاطبى وابن القيم – رسالة د/ سعد محمد الشنشاوى – مدى الحاجة الى الاخذ بنظرية المصالح المرسلة فى الفقه الإسلامى – ص ٢٩٧ .

دون الآخر ونظر فى جانب من الشريعة دون جانب وذلك بعدا عن الصراط المستقيم[١].

ومن هنا نجد أن الفقهاء المسلمين لم يضعوا أيديهم على فكرة نظرية التعسف أو الانحراف بالحق فقط بل وحدود الأهداف والمقاصد التى ينبغى على صاحب الحق ابتغائها من استعماله لحقه[٢].

وبعد أن انتهينا من توضيح فى ايجاز أصل النظرية نستعرض فى المباحث التالية طبيعة التعسف والانحراف بالحق وكذلك فكرة التعسف بالحق وفكرة الانحراف به وتقديرها .

---

(١) أنظر : مؤلف د/ عبدالسلام ذهنى بك - الحيل المحظور منها والمشروع - مطبعة مصر - ١٩٤٦ - ص ١١٤ ، وأنظر : أراء الشاطبى الأخرى فى الموفقات بذات المؤلف - ص ١٢٤ .

(٢) أنظر فى مدى الاعتبار بالغاية فى الفقه الإسلامى فى المذاهب الفقهية المختلفة - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، د/ عبدالرازق أحمد السنهورى - معهد البحوث والدراسات العربية - سنة ١٩٦٧ - ص ٥١ .

المبحث الأول

طبيعة التعسف أو الانحراف بالحق

ان الحديث عن طبيعة التعسف أو الانحراف بالحق - وفقا لمفهومنا عن التعسف انه انحراف بالحق يجب ان يتطرق الى جانبين . الجانب الأول: يتضمن سردا للخلاف الدائر حول طبيعة الانحراف بالحق حيث حاول الفقه والقضاء ان يردوا هذا العيب الذى يصيب إرادة صاحب الحق الى أوجه العيوب المعروفة فى القانون المدنى كالخطأ والمسئولية التقصيرية أو شبه التقصيرية فى حين أتخذ القضاء له سندا فى بعض نصوص القانون الخاصة أو العامة لتقرير وجود هذا التعسف أو الانحراف بالحق وهو سرد واجب لتستطيع أن تتبين بجلاء حقيقة هذا العيب لتصل الى جانب آخر أهم وهو طبيعة معيار التعسف أو الانحراف بالحق وهل هو معيار موضوعى أو شخصى وهو ما يهمنا فى الدرجة الأولى من هذا الحديث عن التعسف أو الانحراف بالحق نظرا لأثر الوقوف على حقيقة هذا العيب الذى يحدد لدرجة كبيرة طبيعة عيب الانحراف عموما سواء فى مجال السلطة الإدارية أو التشريعية لذلك سنتناول فى هذا المبحث ثلاثة فروع . **الأول** : الخلاف الدائر حول تحديد طبيعة التعسف أو الانحراف بالحق **والفرع الثانى** : القضاء والتعسف فى استعمال الحق **والفرع الثالث** : الانحراف بالحق بين المعيار الشخصى والموضوعى .

الفرع الأول

الخلاف الدائر حول تحديد

طبيعة التعسف أو الانحراف بالحق

أولا : التعسف والمسئولية التقصيرية أو شبه التقصيرية :

تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بلانيول حيث ذهب الى أن التعسف في استعمال الحق لا يعدو أن يكون تجاوزا للحق وقال عبارته الشهيرة ان الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف فالتعسف بهذا المعنى يعد عملا غير مشروع(١) فالعمل الواحد لا يمكن أن يكون مطابقا للقانون ومخالفا له فى ذات الوقت واذا وقع تعسف فى عمل الأفراد فلا يقع ذلك عندما يمارسون حقوقهم وانما عندما يتجاوزونها خاصة وأن الحقوق ليست مطلقة فقد حدد القانون مداها كما تخضع في استعمالها لشروط مختلفة ومن ثم فانه عندما تخرج عن هذه الحقوق أولا تراعى قيود استعمالها فان العمل فى حقيقته يعد عملا بغير حق فقيام التعسف اذن يتحقق عندما يجاوز ذلك الحق كما ان تحديد الغايات المنشودة للحق بواسطة القضاة من شأنه أن يضيف حدود جديدة إلى مضمون الحق وبذلك يعد تجاوزها تجاوزا للحق أو عملا دون حق(٢) ولقد كان أهم المنتقدين لرأى الفقيه بلانيول هو العميد جوسران الذى رأى أن استعمال كلمة Droit لها معنى مزدوج فى اللغة الفرنسية فهى تحمل معنى الحق ومعنى القانون في حين استعملها بلانيول بمعنى واحد وعلى ذلك قد يكون استعمال الحق موافقا للحق لأنه يدخل فى

---

(١) بلانيول المطول فى القانون المدنى – جزء ٢ – ١٩٣٢ – ص ٨٧١ ، وأنظر : حسين عامر التعسف فى استعمال الحقوق والغاء العقود ١٩٦٠ – جـ١ – ص ٥٦ .

(٢) بلانيول – المرجع السابق – ص ٧٩٠ .

نطاقه (ومضمونه) ومخالفا فى ذات الوقت للقانون فى مجموعة وهذا هو جوهر التعسف فى استعمال الحق[١] كما أن المحاكم لا تحدد مطلقا مضمون الحقوق التى يرد عليها التعسف وانما تمارس رقابة تتأكد فيها من إتفاق العمل مع غايته التى منح من أجلها الحق هذا فضلا عن أن فكرة التعسف تفترض أن صاحب الحق يظل مستعملا حقه داخل حدوده الموضوعية أو داخل مضمونه ولكن لا يلتزم بغايته ومن ثم فإن ذلك لا يعنى عملا دون حق وانما ببساطة انما هو استعمال للحق دون غرض مشروع ولا يعنى تجاوزا للحق وانما تعسفا فيه .

ثانيا : التعسف والخطأ :

يذهب فريق من الفقهاء الى أن التعسف ينبغى أن يظل داخل نطاق المسئولية التقصيرية فهو والخطأ سواء وقوام هذا الرأى أن استعمال الحقوق الخاصة أو العامة ينبغى أن تخضع لمبدأ واحد هو أن الشخص ينبغى دائما أن يعمل بعناية وطريقة يتحاشى فيها الاضرار بالغير وهكذا تبدو المشكلة سهله وتجد حلها فى العودة لفكرة الخطأ وهى فكرة تجد معناها دون نظر الى ما اذا كان العمل المكون للخطأ قد جرى بمناسبة استعمال حق أو بمناسبة أخرى غير استعمال الحق فيعد مرتكبا للخطأ من يستعمل حقه بقصد الاضرار بالغير كما يعد مرتكبا لخطأ شبه تقصيرى من يستعمل حقه دون قصد الاضرار بالغير ولكن يتسبب فى الضرر للغير مع استعمال حقه سواء كان ذلك ناتجا عن أهمال وعدم تبصر ويقظة فينبغى فى كل حالة يستعمل فيها صاحب الحق حقه حتى ينجو من المسئولية أن يسعى الى

---

(١) جوسران : روح الحقوق - ١٩٢٧ - ص ٢٤٥ .

تحقيق الغرض الذى منح من أجله الحق فاذا خرج عن هذه الغاية يعد مهملا أو غير متبصر ويتحقق عنده اذن الخطأ شبه التقصيرى[١] وينتقد هذا الرأى على أساس أنه ينبغى التمييز بين المسئولية ازاء استعمال الحق الذى يتميز بوجود الفرد بمركز ممتاز يستأثر ويتسلط به فى مواجهة الغير عن أنشطة الإنسان الأخرى كممارسة الرخص والحريات والتى يتساوى فيها الجميع ومن ثم فان عدم التبصر والانتباه فى استعمال الحق لا يقدمان شيئا ازاء المسئولية فى مجال استعمال الحق لانهما يندرجان ضمن عمل الإنسان فالغاية تندرج داخل الحق ذاته لانها تحدد العمل وليس العكس فالعمل لايحدد الغاية فاذا كان الخطأ يعد عملا معيبا فإن التعسف سابق على الهدف كما ان الخطأ يقيم المسئولية خارج نطاق المشروعية أما التعسف فانه يقيمها داخل نطاق المشروعية ومع قيامها فالعمل التعسفى سابق على كل تصرف يتفق مع المشروعية لأنه يعبر عن استعمال حق يظل داخل حدوده ومضمونه ولهذا فان معيار التعسف ينبغى البحث عنه داخل حدود الحق ذاته وهو عمل مشروع يتفق مع القانون ولا يبحث عنه كعمل غير مشروع ومن ثم فان هناك تميزا للعمل التعسفى عن الأعمال الأخرى الضارة بالغير لأنه عندما يكون ثمة حق فانه ليس هناك ثمة خطأ من أى نوع ارادى كما أن التعسف يندمج داخل نطاق المشروعية وعليه فالخطأ ليس الا صورة من صورة المشروعية ومتصل بها اتصالا مباشرا كماأن التعسف بهذا الشكل سابق على العمل بحسبانه في كل الأحوال يقود عمل الإنسان بينما

(١) أنظر عرضا لهذه النظريات فى رسالة دكتور نعمان جمعه بالفرنسية - مصادر الالتزامات - ١٩٦٦ - ص ١١٦ وكذلك عرضا لهذه النظريات فى رسالة دكتور حسن كيره بالفرنسية - نظرية التعسف فى إستعمال الحق فى القانون الفرنسى والقانون المصرى باريس ١٩٥٢ - ص١٨٥ ، وأنظر رسالة دكتور محمد شوقى السيد - المرجع السابق - ص ٨٢ .

يشكل الخطأ عنصرا داخلا في مضمون العمل ذاته(١).

وكانت هذه الانتقادات سببا لذهاب بعض الفقهاء الى أن التعسف هو نوع خاص من الخطأ يستقل عن الخطأ العادى انه خطأ يرتبط أساسا بروح الحق وغايته الاجتماعية لذا فهو خطأ خاص فلا يعد استعمال الحق مانعا من المسئولية الا إذا كان يتفق مع غايته وروح القانون(٢) وهذه المحاولة منتقدة أيضا لأنها لا تزال تحتفظ بالتعسف داخل نطاق المسئولية التقصيرية ولكن بوضع متميز فيها وهناك محاولات أخرى تخرج التعسف من اطار المسئولية التقصيرية إلى اعتباره نوعا من مخالفة مبادئ النظام العام والآداب في الجماعة كما ظهر اتجاه آخر ينتهي الى أن التعسف هو الحد الذى يمنع غلو الفرد فى استعماله لحقوقه الشخصية لأن ثمة حدودا قانونية للحقوق مفادها انها تمارس وسط المجتمع ويعد متعسفا كل من يستعمل هذه الحقوق بصورة غير اجتماعية(٣) والواقع أن هذه المشكلة فى الفقه والقضاء الفرنسيين ناتجة عن عدم وجود نص صريح فى القانون المدنى الفرنسى يوضح اساس نظرية التعسف أو ينص عيها كنظرية مستقلة قائمة بذاتها ومن هنا كانت نصوص المسئولية على أساس الخطأ وهما نص المادتان من ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ من التقنين المدنى الفرنسى هما اللتان تمكنان القضاء الفرنسى من ادخال فكرة التعسف فيها كأحد صورهما ولذلك كان القضاء الفرنسى سابقا الى تأصيل هذه النظرية وكانت محاولات الفقه بمثابة محاولة إيجاد سند فنى لهذا القضاء .

---

(١) د/ محمد شوقى السيد : المرجع السابق - ص ٨٤ .

(٢) جوسران : روح الحقوق - ص ٤٠٦ .

(٣) انظر عرضا لهذه النظريات ، رسالة د/ محمد شوقى السيد - ٩٨٥ ، ورسالة د/ ميرغنى أدريس - التعسف فى استعمال الحقوق الادارية - ١٩٧٤ - ص ١٥٠ .

الفرع الثانى

القضاء والتعسف فى استعمال الحق

المطلب الأول

القضاء الفرنسى والتعسف فى استعمالا لحق

يذهب الفقه إلى أن أول الاحكام التى أخذت بنظرية التعسف هو حكم محكمة Colmar الصادر فى ٢ مايو ١٨٥٥ حيث قضت المحكمة بمسئولية المالك الذى أقام مدخنه فوق سطح منزله حجبت النور وقد أقامت قضاءها على أسباب أهمها أن استعمال حق الملكية كاستعمال أى حق آخر يجب أن يجد حده فى تحقيق مصلحة جدية مشروعة وأن مبادئ الاخلاق والعدالة تتعارض مع مساندة أو تأييد أى عمل الباعث عليه رغبة شريره لاتبررها أية منفعة شخصية وتلحق بالغير ضررا كبيرا وعليه قضت المحكمة بازالة المدخنة وتبع هذا الحكم أحكام عديدة تقضى بذات المبدأ والأسباب[1].

واطردت أحكام المحاكم الفرنسية على هذا القضاء ويلاحظ أحد الفقهاء[2] أن المحاكم ربطت دائما وفى كل مرة بين غيبة أية مصلحة أو غيبة (المنفعة) ذات الأهمية أو الغرض الجدى وبين قصد الاضرار بالغير أو الاهمال وعدم التبصر بحسبان أن أيهما يصلح أساسا للمسئولية وفقا لنص المادتين ١٣٧٢ ، ١٣٨٣ وذلك أمرا واضح لانه لا يسع المحاكم أن تستند الى معيار المصلحة وحدة للقول بالمسئولية لخلو القانون المدنى

---

(١) انظر عرضا لهذا الحكم فى رسالة د/ حسن كيره - سالفة البيان - ص ٢٤٩ ، وأنظر رسالة د/محمد شوقى السيد - حيث ينتهى الى ان هناك حكما آخر سبق هذا الحكم وان كان أقل منه وضوحا - ص ٣١٥ - رسالته سالفة البيان .

(٢) د/ محمد شوقى السيد : رسالته سالفة البيان - ص ٣١٧ .

الفرنسى من نص كهذا ورغم الاشارة إلى هذا المعيار في كل احكامها وما تذهب اليه أحكام القضاء من أن الحقوق جميعها ينبغى أن تتقيد بالمصالح والمنافع لاصحابها إلا أنها لا تقوى على القول بهذا المعيار وحده ولهذا كانت تسعى لأن تتلمسه فى كل مرة فاذا وجدته تلقى به فى احضان المادتين ١٣٨٢ ، ١٣٨٣ وقد حاولت احدى المحاكم ان تخرج عن هذا الاتجاه فى حكم لها سنة ١٩٧١ إلا أن النقض ما لبثت أن نقضت هذا الحكم ذاهبة الى أنه ينبغى على القضاة عند القول بالمسئولية أن يبحثوا عن قصد الاضرار أو الاهمال وعدم التبصر(١) .

المطلب الثانى

القضاء المصرى والتعسف

لم يكن التشريع المصرى قبل صدور التقنين الجديد قد تضمن نصا عاما فى شأن التعسف فى استعمال الحق بل اقتصر الامر على بعض تطبيقات خاصة كنص المواد ٣٨ ، ٥٩ ، ٦٠ التى تنص على أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد ارادته اذا كان يترتب على ذلك ضرر بالجار ونص المادة ١١٥/ ١٢٠ مرافعات فى شأن مصاريف الدعوى الكيدية ولقد كان قصد الاضرار بالغير هو أبرز المعايير التى تسعى المحكمة الى استنباطهما واستخلاصها فى أحكامها ومنها مثلا أنه إذا أقام المالك على حدود ملكه جدارا تصل قمته الى نصف ارتفاع الطبقة الثالثة من عقار الجار فصارت الغرف المجاورة بسبب ذلك مظلمة فان اقامة هذا الجدار من

---

(١) د/ محمد شوقى السيد : رسالته سالفة البيان - ص ٣١٨ ، وانظر الاحكام العديدة التى أوردها نقلا من مؤلف ديموج (رينى) المطول فى الالتزامات - باريس ١٩٢٤ .

غير منفعة حقيقية لا يعتبر استعمالا عاديا لحق الملكية فللمحاكم أن تأمر بهدم جزء من الجدار كما أن لها أن تحدد حسب الظروف الى أى ارتفاع يجب هدمه[١]. كما قضت أنه ليس للمؤجر أن يتمسك بشرط عدم التأجير من الباطن وأن يطلب فسخ عقد الايجار بما له من حق الفسخ فى حالة مخالفة المستأجر لأى شرط من شروطه متى ثبت أنه لا توجد مصلحة للمؤجر يمكن أن تضار فعدم وجود المصلحة يؤدى إلى القول أن المؤجر فى هذه الحالة انما يسئ استعمال حقه لغير سبب مشروع من جانبه وأنه يضر بغيره وواضح من روح التشريع وما استقر عليه القضاء من أن استعمال الحقوق ينقلب الى أمر غير مشروع اذا كان بغير مصلحة مقبولة أو باعث قوى حتى لو لم يكن الباعث هو احداث ذلك الضرر وقد شمل القول بالتعسف كل الحقوق كحق الدعوى وحق الطلاق[٢].

إلا أنه نظرا لكثرة تطبيقات القضاء لنظرية التعسف تكفلت المادتان (٤ ، ٥) من الباب التمهيدى للتقنين المدنى الجديد بالنص صراحة على التعسف فى استعمال الحق كمبدأ عام فنصت المادة الرابعة على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر وتنص المادة (٥) على أن يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٢٩/١١/١٢ ، ١٩٢٤/١٢/٢ ، ١٩٢٩/١١/١٠ - الجازيت نقلا من د/ محمد شوقى السيد - ص ٣٥١ .

(٢) محكمة استئناف مصر ١٩٣٧/١٢/٢٣ - المحاماه سنة ١٩١٧ رقم ٧٣٢ - ص ٣٥٧ ، وانظر عديدا من الأحكام الأخرى فى رسالته - د/ محمد شوقى السيد - المرجع السابق - ص ٣٥٢.

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها لا تتناسب البته مع ما يصيب الغير من ضرر بسبيلها .

(ج) اذا كانت المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ويرى اصحاب مذهب المصلحة فى التعسف أن الفقرة (أ) رغم ما توحى به من الرجوع الى المعيار الذاتى إلا أنها صورة لمعيار المصلحة اذ أن المصلحة الغائبة فى استعمال الحق لن ترتب لصاحبه أى حق فى استعماله ومعيار المصلحة هو الذي يستعاض به عن نية الاضرار نظرا لأنه معيار مادي(١) وينتهى هذا الرأى الى تأييد أن القانون المصرى يأخذ بمعيار المصلحة فى استعمال الحق فى صوره المختلفة كتخلف المصلحة وتفاهتها وعدم مشروعيتها إلا أنه فى تحليله لقضاء المحاكم المصرية وعلى رأسها محكمة النقض ينتهى الى ربط هذه الاحكام بالمعيار الشخصى دون الموضوعى ذلك أنه حتى فى الأحوال التى ركن فيها القضاء الى المعيار الموضوعى فقال بانتفاء المصلحة أو تفاهتها أو عدم مشروعيتها فقد ربط بين ذلك دائما وبين قصد صاحب الحق فى الاضرار بالغير(٢) . وعلى العكس من ذلك يذهب بعض الفقهاء الى أن المشرع المصرى فى تعداده للصور المختلفة للتعسف لم يجمعها على أصل واحد(٣) ومع أن غالبية الفقه تذهب الى أن المعايير الواردة فى القانون المصرى واردة على سبيل الحصر ويمتنع على القاضى الأخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها(٤) الا ان هناك من يرى أن

---

(١) د/ محمد شوقى السيد : المرجع السابق – ص ٢٤٣ .
(٢) د/ محمد شوقى السيد : المرجع السابق – ص ٣٦٦ .
(٣) د/ حسن كيره : المرجع السابق – ص ٧٣٢ .
(٤) د/ عبدالرازق السنهورى : الوسيط – جزء (١) – فقرة ٥٥٩ ، د/ اسماعيل غانم – النظرية العامة للحق – ١٩٥٨ – ص ١٦١ .

المشرع المصرى لم يرد تقييد القاضى تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها فهو قد وضع فى المادة الرابعة من التقنين المدنى المصرى المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله بحيث يرتفع مسئوليته اذا كان استعمال الحق مشروعا وتتحقق اذا كان الاستعمال غير مشروع ثم ذكر فى المادة الخامسة أحوالا يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها وانما كما تقول المذكرة الايضاحية لكى يهيئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد وعلى كل فان الضوابط والمعايير التى استهدفها المشرع لا تخرج عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها وينتهى الى أن معيار المصلحة غير المشروعة هو أظهر تمثيل وتجسيد للمعيار العام وهو الانحراف عن غاية الحق[1]. ويمكن أن نلخص اذن بإيجاز شديد فكرة التعسف فى استعمال الحق فيما يلى :

أولا : قامت نظرية التعسف بالحق أساسا على وجود بعض التطبيقات القضائية التى تتوفر لها بعض الخصائص المعينة والتى تسمى بنظرية التعسف وهذه التطبيقات كانت تحتوى فى الواقع على عنصرين متناقضين فهى أولا تتم استعمالا لحق بمعنى أن الشخص يتصرف تصرفا مشروعا داخلا فى حدود اختصاصه وهو ما يفرق العمل التعسفى عن الفعل غير المشروع أما العنصر الثانى فهو أن يعتبر العمل الموصوف بالتعسف عملا غير مشروع يستتبع توقيع الجزاء المناسب له فالتعسف يقع فى منطقة وسطى بين أمرين واضحين ومتناقضين العمل المشروع والعمل غير المشروع[2].

---

(١) د/ حسن كيره : المرجع السابق - ص ٧٤٠ .

(٢) د/ محمد ميزغنى ادريس : مقدمة - رسالته - سنة ١٩٧٤ - ص ٢ .

ثانيا : حاول الفقه تأصيل هذا القضاء باقامة خصائص معينة للعمل المشوب بالتعسف ورده من ثم إلى أحد وجوه الخطأ سواء كان خطأ عاديا أو خطأ ذو طبيعة خاصة ورغم أنهم أجمعوا على وجوب تقييد الحقوق بغاياتها وان الخروج على هذه الغايات يعتبر خروجا عن الحق ذاته فقد كان مقتضى هذا الا يثور خلاف حول اعتبار الخروج عن غاية الحق هو بمثابة العمل غير المشروع ومن ثم اختلطت فى الفقه فكرة التعسف فى استعمال الحق والانحراف بالحق عن غايته فالصورة الأولى هى التى يمكن - أن كانت هناك لها ثمة تطبيقات - أن تثير الاختلاف حول تأصيلها بحسب أن صاحب الحق فيها لم يتجاوز غاية حقه وان كان من شأن أستعماله لحقه أن يسبب ضررا للغير فى حين أن الصورة الثانية وهى خروج الحق عن غايته المقررة له وباعتبار غاية الحق جزءا منه فيعتبر من ثم صاحب الحق مرتكبا لعمل غير مشروع وهذه الصورة الثانية هى السائدة فى الفقه والقضاء المصرى والفرنسى إلا أن هناك فكرة أخرى تفرق بين التعسف فى استعمال الحق والانحراف به عن غايته وهو ما سنتناوله فى مبحث مستقل ولكن يهمنا هنا معرفة حقيقة الانحراف بالحق وهل هو عيب ذاتى أم موضوعى؟

الفرع الثالث

الانحراف بالحق بين المعيار الشخصى والموضوعى

ان الدور الصحيح لنظرية التعسف فى استعمال الحق ينبغى تحديده على أساس العلاقة بين هذه النظرية والحق فى ذاته فالحقوق ليست غايات فى ذاتها وانما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة بحيث يكون من الطبيعى وجوب التزام الاستعمال الواقعى للحقوق حدود وغاياتها وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغياب الحق وهذه العلاقة بين نظرية التعسف والحق قد أدت إلى أنتهاء الفقهاء الى ارتباط التعسف بفكرة الحق ومن ثم استقلاله بنظرية عامه له خارج حدود دائرة المسئولية القتصيرية . ذلك أن فكرة التعسف مرتبط اساسا بفكرة الحق وما تمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة وترتهن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها[١] ولتحديد معيار التعسف تدور الافكار حول وسيلتين رئيسيتين الأولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم بعيد عن المعيار المختار للتعسف والثانية تعدد الصور المختلفة المعبره عن الأصول المستهدفة دون ابراز المبدأ العام الذى حكمها والواقع ان الاتجاه الأول هو الاكثر مناسبة للعمل التشريعى ذلك انها الوسيلة المرنة المتجاوبه مع التطور على عكس الصورة الثانية[٢] التى تقف عن الاحاطة بكل ما يظهره تقدم الزمن وتطور الاوضاع من ظروف وصور جديدة من التعسف . ومن المعايير المختلفة للتعسف المعيار الشخصى ويتمثل فى قصد الاضرار بالغير وهو أول صور التعسف وأقدمها وكما سلف البيان كان من المعايير

(١) د/ حسن كيره : المرجع السابق - ص ٧٣٠ ، ورسالته بالفرنسية - ص ١٩٦ .

(٢) د/ حسن كيره : المرجع السابق - ص ٧١ ، ورسالته بالفرنسية - ص ٢٦٤ .

الأولى التى تبناها القانون الرومانى وفقا لقاعدة أن الفعل السئ لا يغتفر وقد عرفت هذه الصورة أيضا فى القانون المدنى الفرنسى فى بعض نصوصه وقال به فقهاء القرن التاسع عشر وحددوا فيها استثناء من القاعدة التى كانت تقرر عدم مسئولية من استعمل حقه اذ يقرر الاستاذ اسحاق بأن الفعل يعد غير مشروعا اذا استعمل الحق كوسيلة للتعدى على حق الآخرين[١] ويعيب هذا المعيار أن تمحص قصد الاضرار بالغير هو أمر عسير فكان القضاء يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه معتبرا هذا الانعدام قرينة على قصد الاضرار عنده ويتمتع القضاء وفقا لهذا المعيار سلطة تقديرية لاستخلاص قصد الاضرار بالغير من عناصر ووقائع الدعوى وظروفها ولذا فان الفقه يتجه الى المعايير الموضوعية بوصفها تغنى عن البحث والتنقيب وراء قصد الاضرار هذا .

(٢) المعيار الموضوعى : ويمكن أن نميز بين أنصار المعيار الموضوعى عن أصحاب نظريتين : (١) معيار الغاية الاجتماعية أو الهدف الاجتماعى أو الاقتصادى للحق . (٢) معيار انعدام المصلحة المشروعه .

المعيار الأول : هو ما قال به العميد جوسران حيث يرى فى الحقوق وظائف اجتماعية فغاياتها مرسومة ومحددة بحيث يعد متعسفا فى استعمال حقه من يهدف الى تحقيق غايات غير اجتماعية أو غير مشروعة ايا كانت المصلحة الشخصية التى يهدف اليها من جراء استعمال الحق فالعمل التعسفى وفقا لهذا المعيار يبعد عن قصد الاضرار بالغير لانه ينطوى على الانحراف بغاية الحق المحددة وهى غاية اجتماعية فالتعسف

---

(١) د/ محمد شوقى السيد : المرجع السابق - ص ١٣٠ .

في استعمال الحق هو استعماله ضد مميزات اقتصادية واجتماعية[(١)] وقد انتقد الفقه هذه النظرية بشده لانه يهدم فكرة الحق الشخصي من أساسها لان فكرة الحق ليست ضد المجتمع . ولا يمكن انكارها لان هذا الانكار يؤدى الى تهديد المدنية بالانهيار بواسطة الافكار الشيوعية فضلا عن انه ليس ثمة خطورة من الاعتراف بالحقوق متى كانت لا تنطوى على مصلحة غير اجتماعية حيث يرسم القانون غاياتها المشروعة التى تمثل قيدا على استعمالها كما ان معيار الهدف الاجتماعى ينطوى على صعوبة جمه فى التطبيق اذ أن تحديد الهدف الاجتماعى لكل حق فضلا عما ينطوى عليه من خطورة فى نظر البعض اذ متى تعد هذه الغاية الاجتماعية محل اعتبار ومتى لا تعد كذلك خاصة مع تغير الحياة فى شتى صورها وهى صعوبة مردها إلى أنه من العسير رسم هدف اجتماعى منضبط لكل حق الى الحد الذى يؤمن معه تحكم وتضارب الآراء فضلا عن ذلك فان الهدف الاجتماعى هو الباب الذى يفتح على مصراعيه حيث تدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة مما يجعل استعمال الحق خاضعا فى تقديره لوجهة من النظر متشعبة متباينة[(٢)] .

المعيار الثانى : انعدام المصلحة المشروعة : حيث عبرت فكرة التعسف لديهم بانتفاء المصلحة المشروعة ومرد هذا المعيار أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعه وعلى ذلك فان استعمال صاحب الحق لحقه مع انتفاء مصلحته فى هذا الاستعمال فان صاحب الحق يعد متعسفا فى

---

(١) Josserand L'esprit des droit et leur relativite 2 em ed paris 1927 p 288.

(٢) د/ محمد شوقى السيد : المرجع السابق – ص ١٢ .

استعمال حقه ويشمل هذا المعيار فضلا عن انعدام المصلحة أو تفاهتها ، استعمال الحق أيضا بقصد الاضرار بالغير لان استعمال الحق لمجرد الاضرار بالغير هو استعمال الحق بغير مصلحة مادية ذات قيمة لصاحبه[١]. ويرى انصار هذه النظرية أن معيار التعسف هو انعدام المصلحة أو تفاهتها أو عدم مشروعيتها فحالات التعسف تطبيقا لهذا المعيار هي غيبة المصلحة في استعمال الحق أو تفاهة المصلحة في استعمال الحق أو عدم مشروعيتها. ويؤسس أنصار هذا المعيار - معيار تخلف المصلحة - مذهبهم على أن المصادر الفعلية أو المادية للقواعد القانونية تجد نفسها فيما تقدمه القاعدة القانونية من حقائق اجتماعية لأن الواقع الاجتماعي الذى يبغي القانون تنظيمه والذى يستقى منه قواعده هو عبارة من مصالح وحاجات أيا كانت المناهج وطرق التفكير[٢] وتأكيدا لهذا فاننا نجد ان المصلحة هى مصدر التشريع فى الفقه الإسلامى ويؤكد ذلك أن كثيرا من الاحكام الشرعية التى يقوم عليها الفقه تستند الى تحقيق المصالح سواء فى مجال المعاملات أو العبادات[٣] كما أنه فى الفقه الاجتماعى الامريكى نجد ان المصلحة هى المصدر المادى للقانون الامريكى[٤] ويرى بعض الفقهاء أن الشريعة الإسلامية قد أخذت هذا المعيار ذلك أن كل فعل لم يقم فيه دليل معين

---

(١) د/ سليمان الطماوى : التعسف فى استعمال السلطة - ص ١٦٠ - طبعة ١٩٧٨ .

(٢) د/ سليمان مرقص : أصول الالتزام جـ١ ص ١٢٠ - العلم والصياغة جـ٤ جينى ص ١٩٥ .

(٣) انظر : مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه الشيخ عبدالوهاب خلاف - معهد الدراسات العربية - دار الكتاب العربى - سنة ١٩٥٥ - ص ١٢٣ ، انظر رسالة مصطفى زيد - المصلحة فى التشريع الإسلامى - سنة ١٩٧٤ - ص ٢٦٢٣ .

(٤) أنظر : روسكو بوند : المدخل الى فلسفة القانون جامعة نيويورك - ١٩٥٥ - ص ٥٤ ، وانظر عرضا وتحليلا لآراء باوند وفقه مدرسة المصالح الاجتماعية فى الولايات المتحدة - رسالة د/سعيد الصادق - المنهج القانونى فى الولايات المتحدة ومصر - دار النهضة - سنة ١٩٧٧ - ص ٩٧ .

على قصد الاضرار بالغير ولكن هذا الفعل قد خلا من المصلحة فيعتبر مرتبكا متعسفا فى استعمال حقه[١]. والواقع ان مشكلة الموضوعيين فى تعريفهم للتعسف انما تكمن فى أن غلاتهم كجوسران جعل للحقوق اهدافا يجب تحقيقها ومن هنا كانت النهاية لفكرة الحق واضحى المعيار غير معروف أو منضبط كما أن مشكلة المعيار الذاتي ليست كافية فى كل الأحوال فضلا عن صعوبتها لتحديد معيار سليم للفكرة لذا نجد ان انصار فكرة غائية الحق ممن لم يبنغوا مبلغ جوسران فى تحديده لهذه الغايات يقتصرون على القول بأن معيار التعسف هو الانحراف عن غايته[٢] ويقصرون عن القول بماهية هذه الغاية إلا أنهم يبعدون عن وصفها بالاجتماعية كما ذهب الى ذلك جوسران والواقع أن هذه الفكرة دون تحديد للغاية تحديدا يمكن معه ارجاع الحالة المعروضة أمام القاضى اليها يجعل المعيار بهذه الصورة مبهما ذلك انه اذا لم تكن غاية الحق محددة سلفا من قبل المشرع فان الاستدلال على تحققها فى كل حاله فضلا عما تتضمنه من توسيع لسلطة القاضى في استنباط هذه الغاية وما يؤدى اليه ذلك من خطورة على الحق ذاته فضلا عن ذلك فان تحديد هذه الغايات يعد أمرا صعبا للغاية بل انه اصعب من تمحص نية الاضرار لدى صاحب الحق حيث توجد من القرائن ما يمكن أن يعين القاضى فى مهمته . لذلك نجد أن من الفقهاء من ارجع فى تحليله لهذا المعيار فى الشريعة الى البحث فى نهاية الامر فى نية صاحب الحق ذلك أن الحقوق بحسب الشريعة منحت للإنسان لتحقيق أغراض خاصة يجب أن يتجه اليها قصد المكلف حتى يكون عمله

(١) د/ محمد شوقى السيد : حيث يعرض لمبدأ المصلحة فى التعسف باستفاضة - فى رسالته سالفة البيان - ص ٢٣٦ وما بعدها ، وانظر مقالة الشيخ عيسوى - سالفة البيان - ص ٩٣ .
(٢) د/ حسن كيره : المرجع السابق - ص ٧٣٠ .

مطابقا للشريعة ذلك أن مقصود الشارع يحتم أن يكون قصد المكلف فى العمل موافقا لقصد الشارع فمن ابتغى فى التكاليف ما لم يشرع لها فعمله باطل فمقياس صحة العمل أو بطلانه بحسب الشريعة هو مطابقة هذا العمل أو مخالفته بالحكمة الغائبة التى من أجلها شرع الحق الذى كان اساسا للعمل محل النظر ومن الواضح أن محل هذا القياس هو نية المكلف عند قيامه بالعمل[١] لذلك نجد آن من الفقهاء[٢] من يذهب الى أن معيار تخلف المصلحة فى الفعل هو من المعايير القادرة بذاتها يمكن بمقتضاها أن يحكم القضاء بتوفير التعسف من عدمه ولكننا نرى أن المعيار الموضوعى يجب أن يكون كافيا بذاته دون حاجه الى الاستعانة بمعايير أخرى ذاتية فمجرد تخلف المصلحة أو تفاهتها أو عدم مشروعيتها لا يكفى بذاته للقول بوجود انحراف لان المصلحة نفسها غير معرفة تعريفا يجعل من الممكن الاعتماد عليها وحدها والقضاء كان يأخذ دائما بفكرة تخلف المصلحة للتدليل على توافر وتخلف فكرة الاضرار بالغير ويمكن القول أن معيار المصلحة يمكن النظر اليه على انه يكمل معيار غاية الحقوق أى أنه مع غموض فكرة المصلحة فاننا على الاقل نستطيع أن ندلل بتخلفها على عدم اتجاه الحق لغايته أى أن معيار المصلحة الجادة المبررة هو معيار غامض ولا يكفى بذاته للقول بموضوعية الانحراف بالحق وانما مازلنا فى مجال الانحراف فى حاجة الى البحث عما يتبعه صاحب الحق أو بعبارة أخرى عن

(١) رسالة د/ السعيد مصطفى السعيد : سالفة البيان - حيث يستعين بأمثلة من الموفقات للشاطبى - ص ٩٨ .

(٢) د/ محمد شوقى السيد : المرجع السابق - ص ٢٤٠ حيث حاول تأصيل فكرة المصلحة فى التعسف كمعيار لها فى القضائين الفرنسى والمصرى .

المصالح التى يرمى الى تحقيقها ونقارنها بما يجب عليه أن يتغياه من استعماله لحقه من مصلحة معتبره مشروعه .

ومن هنا نستطيع أن نصل الى ما يهمنا فى هذا العرض الا وهو طبيعة عيب الانحراف بالحق فهذا العيب هو عيب ذاتى يصيب نية صاحب التصرف ويجعل غايته الحقيقية من تصرفه تظهر من خلال ما يستنبطه القاضى من القرائن علي هذه الغاية الخفية . فاذا ظهرت هذه الغاية الخفية أمكن مقارنتها بتلك الغاية التى من أجلها صرح لصاحب الحق باستعمال حقه وهى تحقيق مصلحة معتبره وقائمة لصاحب الحق ومن هنا كانت وسائل اثبات هذه النية والغاية الخفية لصاحب الحق هى وسائل موضوعية يستشفها القاضى من ملابسات وظروف النزاع ولكن موضوعية اثبات الانحراف لا أثر لها على طبيعته الذاتية ومن هنا كانت المعايير الموضوعية هى معايير موضوعية لاثبات الانحراف لا معايير تحدد طبيعة هذا الانحراف فهو لا يمكن إلا أن يكون عيبا ذاتيا وسنرى بعد ذلك أن هذه الطبيعة الذاتية للانحراف ملازمة له فى سائر فروع القانون سواء القانون الادارى والدستورى إلا أننا سنتناول مسألة هامة فى خصوص هذا الموضوع هي تلك التفرقة بين التعسف فى استعمال الحق والانحراف به .

المبحث الثانى

فكرة التفرقة بين التعسف بالحق والانحراف به وتقييمها

الفرع الأول

فكرة التفرقة بين التعسف بالحق والانحراف به

يذهب صاحب هذه الفكرة[١] فى مصر الى أن اغلب أنصار نظرية التعسف يذهبون الى أن ما يميز العمل التعسفى عن غيره من صور عدم المشروعية هو كون التعسف عملا يقوم به المتصرف داخل حدود حقه المادية ولكن يقصد تحقيق غاية أخرى غير غايته المحددة قانونا وهذا القول هو السبب فى آثارة معظم الخلافات والمجادلات المستمرة التى أثارتها النظرية لأن الغاية التى منح الحق من أجلها تعد حدا من حدوده مما يجعل الخروج عليها وابتغاء غيرها أمرا مخالفا للقانون وغير مشروع تماما كفكرة عدم المشروعية الناتجة عن الخروج عن حدود الحق المادية سواء بسواء[٢] وعليه وجب أن يكون التعسف شئ آخر غير الانحراف عن غاية الحق ويذهب الفقيه الى أن نظرية التعسف لا تصدق الا على طائفتين من التصرفات الأول صورة الانحراف فى استعمال الحق والثانية صورة الغلو وهذه هى التى تمثل التعسف بالمعنى الدقيق[٣] وتتحقق هذه الصورة من صور التعسف اذا تحقق شرطان الأول ان يستعمل الشخص احدى السلطات التى

(١) د/ محمد مرغنى أدريس : رسالته سالفة البيان .

(٢) د/ محمد مرغنى أدريس : المرجع السابق - ص ١٤ ، وانظر ذات الرأى د/ اسماعيل غانم - نظرية الحق - سنة ١٩٥٨ - ص ١٦٤ هامش (٢) .

(٣) د/ محمد مرغنى أدريس : المرجع السابق - ص ١٠٠ .

يستمدها من حق مخول له قانونا مع مراعاة الشروط الموضوعية والإجرائية التى يتطلبها القانون لممارسة هذه السلطة وأن يستهدف بها نفس الغايات التى شرع الحق من أجلها والشرط الثانى أن يتبين بصدد واقعة معينة بذاتها أن استعمال الحق فى الاتجاه التقليدى المشروع يحقق أضرارا لا تتناسب البتة والفوائد المتحققة منه فالتعسف أو الغلو يعكس دائما وباستمرار نوعا من عدم التناسب بين المصالح والاضرار ويضرب مثلا بذلك أن موت المنتفع بعقار يؤدى الى انقضاء حق الانتفاع وقد يحدث أن يضر هذا بأفراد اسرة المنتفع من جراء حرمانها من الانتفاع بالعقار ولكن هذا ضرر متوقع ويحدث دائما وقد سمح به المشرع تغليبا لاعتبارات أقوى وكنوع من توزيع المنافع والحقوق فلا بأس أن يباشر المالك حقه وأن يسترد عقاره ويكون تصرفه مشروع ولا يسأل بطريقة ما عن الاضرار التى لحقت بالورثة ولكن قد تتدخل فى هذه الواقعة بعض التفصيلات والوقائع الشاذة كأن يترك المنتفع زوجة مريضة عاجزة لا أهل لها وأولاد صغار بالمدارس يتأهبون للإمتحانات النهائية فى مدارسهم ويصعب عليهم نظرا للظروف التى يمر بها المجتمع أن يجدوا مكنا مناسبا دون أن يلحق بهم أضرارا جسيمة تفوق بكثير ما كان متوقعا عند وضع النص القانونى كما تفوق بكثير مجموع الضرر الذى يلحق مالك الرقبة اذا منع هذا المالك من أسترداد العقار خاصة اذا عرض الورثة على المالك الاستمرار فى الانتفاع بالعقار الى حين انتهاء الامتحانات وعلى أن يدفعوا له مبلغا يوازى ايجار المثل أو يزيد عليه فاذا أثر المالك بالرغم من كل هذه الظروف على أن يمارس حقه المشروع أيضا وأن يسترد عقاره وأن يطرد منه الورثة فعندئذ يمكننا التتحدث عن الغلو فى استعمال الحق فالمالك لم يبتغ باستعمال حقه

إلا تحقيق الغاية المشروعة وهى استرداد الملكية كامنة الا أنه وبعد مراعاة الظروف الاستثنائية والاضرار غير العادية التى تلحق بهؤلاء الضعفاء يكون قد غالى فى استعمال حقه فهذا هو التعسف فى استعمال الحق فالغلو يعكس باستمرار نوعا من عدم التناسب بين المصالح والاضرار[١].

ومن ذلك أيضا أنه إذا أرتكب العامل خطأ معينا ولم تكن بالمنشأة لائحة جزاءات معتمدة للأخطاء التأديبية والجزاءات المقابلة لها فان من السائد فقها وقضاء أن من حق رب العمل أن يختار العقوبة التى يراها متناسبة ولكن من طبائع الاشياء أن يكون بين الخطأ المرتكب والجزاء الواقع تناسبا معقولا فاذا اختار رب العمل توقيع أقصى العقوبات وهو انهاء العلاقة العقدية مقابل ارتكاب العامل لجريمة تافهة لا تنم عن سوء النية كان هناك غلو فى استعمال السلطة والحق والغلو هنا يعبر عن عدم التناسب البته بين الذنب المرتكب والعقوبة ومن هذا يتضح أن الغلو أو التعسف هو الترجمة اللفظة لحالة واقعية هى حالة عدم التناسب بين أمرين بين المصلحة التى يرجوها صاحب الحق والضرر الذى يلحق بالغير كأثر مباشر وضمنى وإما عدم التناسب بين السبب الواقع لاتخاذ التصرف والجزاء المقابل لهذا السبب[٢] وينتهى الى تعريف التعسف بمعناه الدقيق بانه انعدام التناسب بين المصلحة التى تعود على المتصرف والضرر الذى يلحق بالغير فى التصرفات الغائبة[٣] ويذهب الفقيه إلى أن السند القانونى لنظرية التعسف

---

(١) د/ محمد مرغنى أدريس : ص ١١٧ ، وانظر هذه الفكرة فى التفرقة بين التعسف بالحق والانحراف فى مؤلف :

Louis Dubois " La theorie de l'ebus de droit et la jurisprudence administrative paris 1962 .

(٢) د/ محمد مرغنى أدريس : ص ١٢٦ .

(٣) د/ محمد مرغنى أدريس : المرجع السابق - ص ١١٧ .

انما يكمن فى أحد مصادر القانون وهو القانون الطبيعى وهو مصدر نظرية التعسف ونظرية التعسف نوع من المشروعية الاضافية والتكميلية المتروكة للقاضى لتدارك عجز المشروعية عن الاحاطة والتنبؤ بجزئيات وتفصيلات الوقائع التى تثار فى الحياة اليومية المتجددة دوما[(١)] ويذهب الفقيه إلى أنه بهذا قد حدد مفهوما موضوعيا للتعسف على عكس ما كان سائدا من معيار شخصى له وهو قصد الاضرار بالغير ويحاول من ثم إيجاد سند من الفقه والقضاء لفكرته هذه ويستنبط الفقيه أن أساس التعسف بهذا المفهوم الموضوعى موجود فى القانون الرومانى حيث أن الفقهاء قد ذهبوا إلى أن من حق السيد أن يحدد لتابعه اليوم الذى يختاره للعمل فى حقه مستمدا حقه فى ذلك من العرف ولكنه يتعسف فى استعمال هذا الحق إذا أختار بغير سبب جدى نفس اليوم الذى كان على التابع أن يحرث فيه أرضه الخاصة كما أن الفقيه حين يؤيد هذا المعيار الموضوعى القائم على المقارنة بين المصالح المتعارضة انما يكشف المعيار الصحيح للتعسف واستند الفقيه ايضا الى القضاء لتأكيد فكرته حيث ينتهى الى أن الحقوق ليست مقيدة فى مضمونها بل هى مقيدة أيضا فى ممارستها والتى لا تجوز الا لتحقيق غاية معينة وينتهى الفقيه الى أن أكثر الفقهاء المصريين لم ينتبه إلى هذه الطبيعة الموضوعية للتعسف فاتجه اكثرهم إلى تكييف التعسف على أساس فكرة الخطأ كما ذهب البعض الى الأخذ بمعيار[(٢)] الانحراف ويذهب المؤلف الى أن النتائج العملية للتفرقة تكمن فى ان الانحراف قد يكون متعلقا فى بعض صوره وهى التى يقصد بها تحقيق غاية غير مشروعة بالنظام العام

---

(١) د/ محمد مرغنى أدريس : ص ١٣٤ .

(٢) د/ محمد مرغنى أدريس : المرجع السابق - ص ١٥٧ .

بكل ما يترتب على هذا التعلق من نتائج أما التعسف فلا شأن له بفكرة النظام العام فى القانون الخاص كما ان التعسف لا يقضى به الا إذا بلغت المفارقة بين السبب والمحل فى التصرفات السببية أو بين المصلحة والضرر في التصرفات الغائية حدا كبيرا وهذا ما يعبر عنه بعدم التناسب البته أو الظاهر ولا يشترط قدرا معينا من الضرر أو عدم التناسب فى حالات الانحراف اذ يكفى لتحقيق شروط المسائلة اثبات أن الحق قد استعمل فى غير غايته المشروعة وأنه قد الحق بالغير ضررا أيا كان مقدار هذا الضرر(١).

ومن التطبيقات القضائية لنظرية التعسف فى القضاء الفرنسى ماذهبت اليه أحدى المحاكم من أن المدعى عليه يعد متعسفا إذا أوقع حجزا على كافة العقارات المملوكة لمدينه من أجل استيفاء دين ضئيل القيمة ٧٧٥ فرنك(٢). كما قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض بأنه يعتبر تعسفا في استعمال حق التقاضى اذا تبين أن دعوى المدعى تتم عن حقد من نوع خاص لم تستطع مرور الايام من تهدئته كما انه يرتكب خطأ الخصم الذى يطيل اجراءات تنفيذ حكم قضائى لمدة عشر سنوات ويرغم خصمه باستشكلاته على رفع دعوتين ويكلفه مصاريف باهظة(٣). كما أن هناك تعسفا فى استعمال الحق من قبل رب العمل الذى يرفض تجديد عقد العمل محدد المدة الذى يربطه بعامله بغير الاستناد الى أسباب جدية فى الوقت

---

(١) د/ محمد مرغنى أدريس : المرجع السابق - ص ١٥٧ ، وانظر : لويس دبيو - المرجع السابق - ص ٢٠١ حيث يعرض باستفاضة لآراء العميد بونار - ص ٢١٠ . حيث يعرض لآراء شاتيلان ص ٢١٢ حيث يعرض التعسف فى استعمال الحق من وجهة نظره ، وانظر ص ٢٩٥ حيث ينتقد فكرة التعسف في استعمال الحق التقليدية .

(٢) د/ محمد مرغنى أدريس : المرجع السابق - ص ٢٣٥ .

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٥ يونيو سنة ١٩٦٥ .

الذى أمضى فيه ٢٥ عاما مرتبطا بالمشروع ولم يكن باقيا له غير عامين على استحقاق المعاش[1]. أما عن الأمثلة على التعسف فى القضاء المصرى فقد ذهبت محكمة النقض بأن اثبات الحكم المطعون فيه أنه لم يكن هناك ما يبرر فصل العامل يكفى للقول بتحقق خطأ رب العمل الموجب للمسئولية دون حاجة بعد ذلك الى اثبات سوء نيته أو اسائته لاستعمال حقه فى الفصل[2]. كما أن قضاء النقض مضطرد على أن حق الالتجاء الى القضاء وان كان من الحقوق التى تثبت للكافة الا انه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير والا حقت مسائلته عن تعويض الأضرار التى تلحق بالغير بسبب اساءته استعمال هذا الحق[3].

(١) حكم محكمة النقض الدائرة المدنية ١٩٦٧/١٢/١٥ .

(٢) ص ٢٣٤ من مؤلف د/ محمد مرغنى أدريس .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٦٠/١/٧ - مجموعة أحكام النقض سنة ١١ ص ٢٥ .

الفرع الثانى

الرأى فى التفرقة بين

التعسف بالحق والإنحراف به

يكمن أساس الخلاف بين الفقهاء فى رد الانحراف بالحق إلى أحد صور المسئولية التقصيرية أو شبه التقصيرية وقيام نظرية خاصة تحاول تحديد معيار التفرقة بين الانحراف بالحق والتعسف فى استعماله الى أمر واحد هو محاولة ايجاد معيار موضوعى للانحراف بالحق يغنى عن المعيار الشخصى الذى هو الاصل فى الانحراف بالحق ولم تكن هناك محاولات فقهية للتفرقة فنيا بين فكرة الانحراف بالحق وفكرة التعسف فى استعماله وقد استعمل الفقهاء التعبيرين للدلالة عن معنى واحد هو الانحراف بالحق عن غايته المبتغاة من أعطاء هذا الحق لصاحبه فكان القضاء يتلمس معيار قصد الاضرار من مختلف ظروف الدعوى ويحاول عن طريقه الوصول إلى أن هذا القصد يتنافى مع مقصد القانون من منحه الحق لصاحبه لاستعماله ولقد كانت سيادة معيار قصد الاضرار تعود الى قواعد الاخلاق فى استعمال الحق اذ أن استعمال الحق لاشباع رغبة الاضرار بالغير يتجاهل القاعدة الاخلاقية فى الالتزام التى ينبغى احترامها[1]. ولكن لما كان اثبات هذا المعيار الشخصى متعذرا فى أغلب الاحوال لأنه ينتمى إلى البواعث والنيات لذلك كان القضاء يلجأ الى عناصر موضوعية ويقيم منها قرائن على وجود هذا القصد ومن ذلك غيبة المصلحة وعدم مشروعيتها ولكن مع ذلك بقى اثبات هذا القصد أمرا صعبا وهذا ما أدى بالفقه الى ابتداع

---

(١) جوسران : روح الحقوق – ص ٣٤١ .

معايير موضوعية ليس فقط لتكون قرينة على وجود قصد الاضرار لكى تكفى بذاتها لتمكن القاضى من القول بوجود الانحراف أو عدم وجوده ومن هذه المعايير معيار الغاية الاجتماعية للحق[1].

ومن المعايير الموضوعية الأخرى معيار المصلحة المعتبرة المشروعة حيث تتحدد صور التعسف فى استعمال الحق فى غيبة المصلحة أو تفاهتها أو عدم مشروعيتها عند استعمال الحق ولكن هذا الضابط الموضوعى لم يستطع أن يكون بذاته كافيا للتدليل على الانحراف بالحق ذلك أن القائلين بفكرة المصلحة لم يستطيعوا تحديد معناها ولا حدودها فالمصلحة وفقا للتعريف التقليدى هى القيمة التى تؤخذ كوسيلة لاشباع الحاجة فحيث لا منفعة لا مصلحة ويتعدد مفهوم المصلحة تبعا لتعدد الزوايا التى ينظر بها الى الفكرة ذاتها سواء من حيث الماضى أو الحاضر أو المستقبل وفضلا عن أنها غير محددة فهى فكرة غائية أي تفى هدفا أو غرضا لصاحب الحق ولهذا كان لها وجه شخص يتمثل فيما تواجهه من قيمة الى شخص معين أو جماعة معينة فهى مرتبطة اذا بعنصر شخصى وتمثل رابطة بين صاحبها وموضوعها[2] ومن هنا نكون قد انتقلنا من معيار شخصى الى معيار آخر يقوم فى اساسه على جانب شخصى تماما فلكى يقوم القاضى فى الموازنة بين المصالح يلزم له التثبت من اتصاف المصلحة - التى هى غاية الحق -

---

(١) أنظر جوسران فى مؤلفه التعسف فى استعمال الحقوق - باريس ١٩٠٥ أو وفقا لرأى د/ محمد ميرغنى أدريس أن أول من قال بهذه النظرية بورشيروه فى رسالته بذات العنوان - سنة ١٩٠١ ، وانظر نقضا لهذه النظرية فى مؤلف د/ السنهورى - مصادر الالتزام - سنة ١٩٨١ - ص٥٩٦.

(٢) انظر فى هذه الافكار جوسران - روح الحقوق - ص ٣٨٨ ، وانظر عرضا لمختلف الآراء فى هذا الشأن فى مؤلف د/ محمد شوقى السيد - ص ١٣٠ الى ص ١٨٠ .

بالصفات التى تؤهلها لكى تكون معتبره وهذا لن يتأتى للقاضى الا ببحث وتقييم المصلحة التى ابتغاها صاحب الحق أى أن التقيم يرد هنا على عنصر شخصى تماما مع اضافة أن استعمال القاضى لسلطته فى التقييم - تقيم مصلحة صاحب الحق - لن يجعل من هذا الضابط ضابط المصلحة معيارا موضوعيا واضحا .

وبتحليل فكرة التعسف فى استعمال الحق أو الانحراف به عن غايته نجد أن أساس هذه الفكرة يكمن فى أهمية عنصر الغاية فى التصرفات التى يجريها الأفراد ذلك أن حقيقة التصرف ومدى مشروعيته وقيمته انما تتحدد فى اطار ما يبتغيه الفرد من هذا التصرف فالغاية تسيق دائما التصرف وتحدد مضمونه ولهذا كان لفكرة الغاية أهمية كبرى فى القانون ففضلا عن أنها تعتبر عنصرا فى التصرفات القانونية كالعقود والتصرفات المنفردة متمثلة فى ركن السبب فى الالتزام أو العقد وقد تطورت نظرية السبب من الفقه التقليدى الى الفقه الحديث واضحى السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ووجب أن يكون هذا الدافع غير مخالف للنظام العام والاداب[1] . ولهذا فان البحث فى الدوافع والنوايا والمقاصد ليس بالشئ الجديد فى خصوص نظرية الانحراف بالحق ففكرة السبب تتطلب من القاضى بحثا فى الدافع الحقيقى للتعاقد أو الالتزام وأن هذا الدافع لايخالف النظام العام والآداب كما ان هناك فكرة حسن النية وسوءها التى يعرفها القانون المدنى والجنائى علي حد سواء ولا ريب ان البحث فى سوء النية أو حسنها هو بحث ليست له معايير موضوعية وانما قرائن تقوى أو

---

(١) أنظر : د/ عبدالمنعم البدراوى - النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٧٧ - ص ٣٣١ ، وانظر د/السنهورى - المرجع السابق - ص ٥٦٦ .

تضعف لاثبات حسن النية[١]. والملاحظ أيضا ان تحديد غايات الحقوق فى نطاق نظرية الانحراف بالحق لا يتقرر سلفا وبطريقة محددة وانما يتحقق هذا التحديد للغاية بطريقة لاحقة أى أن القضاء هو الذى يقرر بصدد كل قضية تثار فيها مسألة التعسف حقيقة غاية صاحب الحق من ناحية ومن ناحية أخرى مدى تحقيق هذه الغاية لما هو مقرر فى حالة استعمال مثل هذا الحق من أهداف ولهذا نجد ان قصد الاضرار له فائدة كبيرة فى مجال الانحراف جعلته الفكرة التى يدور حولها البحث فى الانحراف ذلك أنه فى حالات كثيرة لا يستطيع القاضى تحديد غاية محددة يجب على صاحب الحق ان يستهدفها ومن ثم يكون قصد الاضرار الذى اكتشفه كهدف يسعى اليه صاحب الحق كاف فى حد ذاته للقول بأنه لا يمكن ان يكون أحد الاهداف التى قررها القانون لصاحب الحق ليستعمل حقه أى أنه - قصد الاضرار - كاف ودون نظر الى غاية القانون التى يتعين على صاحب الحق ان يستهدفها ليقرر القاضى وجود تعسف بالحق أو انحراف به فمثلا اذا قضى بأن حق الرجل فى طلاق زوجته لم يشرع لكى يكون وسيلة ليتخلص الرجل من نفقة قد سبق الحكم بها لصالح الزوجة فان هذا يعنى أن القاضى لم يستطع تحديد غاية معينة لحق الزوج فى طلاق زوجته فاكتفى فى اثباته لوجود تعسف أو انحراف بالحق أن يقوم بتقييم الغرض الحقيقى الذى ابتغاه صاحب الحق وينتهى الى أنه لا يمكن أن يمثل غرضا من أغراض المشرع .

واذا تأملنا الافكار التى أثارها صاحب فكرة التفرقة بين التعسف بالحق والانحراف به نجد أن ما انتهى اليه من وجود غايات محدده لبعض

(١) أنظر فكرة حسن النية فى القانون الخاص - رسالة د/ محمود جمال الدين ذكى بالفرنسية ١٩٥٢.

الحقوق يجب أن يتجه اليها صاحب الحق فى استعماله لحقه هو قول لايمكن اعتباره قاعدة عامة تحكم عمل القاضى وفقا لما سبق أن أوضحناه من أن تحديد غايات الحقوق لا يتم الا بطريقة لاحقه وتختلف فى كل دعوى عن الأخرى وتعتمد فى النهاية أساسا على استظهار قصد صاحب الحق فى استعماله لحقه فكل هذه العناصر تساهم فى ابراز غاية معينة ضمن الغايات العديدة التى يمكن أن يكون القانون قد قررها وجعل استعمال صاحب الحق لحقه فى استهدافه لها مشروعا مما جعل احد الفقهاء يذهب بحق إلى أنه ينبغى الاكتفاء بالاشارة الى غاية الحق عموما دون تحديد لهذه الغايات أو وضع وصف لها لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والغرض منها[١] من هنا نجد أن الأساس فى التفرقة بين الانحراف بالحق واساءة استعماله قد انهارلأنه كان قائما على أساس وجود غايات مسبقة للحقوق ينبغى على صاحب الحق استهدافها فى استعماله لحقه وهذا التحديد المسبق غير موجود فى حقيقة الأمر الا اذا أخذنا بفكرة جوسران عن الغايات الاجتماعية للحق وهى الفكرة المنتقدة . ولهذا نجد أن جميع الامثلة التى ذكرها الفقيه صاحب التفرقة بين التعسف بالحق والانحراف به تدخل فى مدلول الانحراف بالحق فقد ذهب مثلا الى وجود تعسف فى استعمال الحق عندما ينقضى حق الانتفاع بالعقار ويرغب صاحبه فى استعمال حقه فى استرداد العقار ولكن ذلك سيسبب أضرارا جسيمه لزوجه وأولاد صاحب حق الانتفاع ويؤسس قوله بالتعسف فى هذه الحاله باستهداف صاحب الحق لنفس الاغراض التى قررها القانون له فى استعماله لحقه ولكنه لم يحدد هذه الاغراض ويمكن بسهولة هنا اكتشاف أنه اذا كانت

---

(١) د/ حسن كيره : رسالته سالفة البيان - ص ١١١٢ .

المصالح التى تتحقق للمالك لا تتناسب البته مع ما يصيب المنتفعين من أضرار فان هذا يعتبر أما قرينه على قصد الاضرار أو اذا أخذنا بمعيار موضوعى فان مصلحته فى اخلاء العقار لا تعتبر مصلحة ذات قيمة معتبره فى نظر القاضى ومن ثم يتحقق الانحراف بالحق لأنه وفقا لمعيار المصلحة يجب أن تكون هذه المصلحة معتبرة ومشروعة وكذلك حالة ارتكاب العامل لخطأ بسيط فيفصله رب العمل فهنا كذلك إما أن استعمال رب العمل لحقه كان مقصودا به الاضرار بالعامل أو أنه انحرف به عن هدفه المقرر له وهو مثلا حسن سير العمل الى أهداف أخرى من بينها الانتقام من العامل مثلا ومن هنا نجد ان تحديد هدف مخصص لكل حق أمر لا يتم بصورة مجردة عن مقابلة هذا الهدف المعين بالأهداف التى يبتغيها صاحب الحق كما أن تحديد الأهداف بصورة سابقة على استعمال الحقوق يؤدى الى انهيار فكرة الانحراف بالحق تماما لأن الاصل أن استعمال الفرد لحقه انما يتم فى ظاهرة غير مخالف لأحكام القانون فاذا حدد القانون هدفا معينا باستعمال الحق وخرج عنه صاحبه كان التصرف غير مشروع أساسا ولا تصل الى فكرة الانحراف ومن ذلك مثلا :

ينص القانون المدنى فى المادة ٨١٢ منه على حق مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف أن له حق المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم على استغلال أرضه واستخدامها على الوجه المألوف وعليه فاذا لم يستعمل صاحب حق المرور هذا الحق بما يكفله له من استغلال لأرضه واستعمالها على الوجه المألوف فانه هنا يكون مخالفا للقانون مخالفة صريحة لا تتطلب البحث فيما ينتويه من استعماله لحقه فهنا لا نصل الى بحث الانحراف وهكذا تظهر فكرة

التعسف أو الانحراف بالحق متميزه عن المخالفة الموضوعية للقانون .

ان نظرية التعسف فى استعمال الحق باعتبارها ذات كيان منفصل عن فكرة الانحراف بالحق تجد مجالا خصبا فى نطاق القانون العام لوجود منطقتين مستقلتين فى القانون العام منطقة الملاءمة وهى المجال لفكرة التعسف فى استعمال السلطة حيث يستهدف صاحب السلطة الهدف المخصص لها ولكنه يحقق اضرارا لا تتناسب مع الهدف من استعماله لسلطته أما منطقة المشروعية فهى مجال نظرية الانحراف بالسلطة لأن ابتغاء مصدر القرار الخروج على الغاية التى حددها له القانون خروج به عن نطاق المشروعية الى نطاق الفعل غير المشروع وهاتان المنطقتان ليس لهما وجود فى نطاق فكرة الحق فليس هناك مجال لصاحب الحق تتحقق له فيه ملاءمة استعماله ونطاق آخر تتوافر له فيه مشروعية استعماله[(١)] وانما يتقيد دائما فى استعماله لحقه بالغاية الجدية المشروعة من هذا العرض تنتهى الى أن فكرة الانحراف بالحق تقوم على أمرين :

الأمر الأول :

ان الانحراف بالحق يدور اساسا حول البحث النفسى لنية صاحب الحق ويقوم القاضى باقامة القرائن على حقيقة هذه النية واتجاهها أى أن موضوع الفحص هو موضوع ذاتى ولكن يتم التثبت منه بوسائل موضوعية وأن الأساس فى الانحراف والغاية غير المشروعة لصاحب الحق تلك الغاية التى تنطبع على الحق ذاته وتجعله يظهر فى صورة غير مشروعة والبحث فى

---

(١) أنظر رسالة د/ محمد ميرغنى أدريس – التفرقة بين اساءة استعمال السلطة والانحراف بها فى القانون العام ص ٣٠٠ ، ود/ الطماوى – رسالة فى التعسف فى استعمال السلطة – سنة ١٩٨٠ – ص ١٩٠ .

الانحراف يمنع التستر وراء الحق بتجاوزه والخروج عليه أى أن البحث يتناول نوعا من الشكلية أو الصورية فى استعمال صاحب الحق لحقه انها نوع من التدليس بالقانون للخروج على مقتضاه وروحه[١]. ومن هنا كانت الخصيصة الرئيسية الملازمة للانحراف أن التصرف المشوب بالانحراف هو تصرف صحيح فى ظاهرة أى تتوافر فيه كافة الشروط القانونية ولكن غاية صاحبه تجعله بعد اكتشافها والتثبت من عدم مشروعيتها تصرفا غير مشروع فالأصل أن القانون لا يهتم بالسرائر أو النية والقصد فى حد ذاتهما ولكن الباطن الملامس لحدث خارجى قد يؤثر على وصفه القانونى هو الأمر الذى يهتم القانون به ويحاول كشفه وإبرازه[٢]. كما فى حالة التصرف المشوب بالانحراف .

الأمر الثانى :

أن القضاء لم يكن له فقط فضل ابتداع هذه النظرية ولكنه المهيمن على تطبيقها وتطويرها لأنه هو الوحيد القادر فى كل دعوى على اكتشاف وفحص غرض وغاية صاحب الحق ونلاحظ هنا أن القضاء كثيرا ما يستند فى وجود التعسف الى مخالفة غاية صاحب الحق لروح القانون وروح القانون تعنى ليس فقط الخروج على النص القانونى مفسرا ولكن تشمل تلك الحالة التى يستشف فيها القاضى أن غاية صاحب الحق تتجافى مع ما تستهدفه القوانين عامة من تحقيق العدالة ومن هنا وضح الى حد كبير أن ابتداع القضاء لهذه النظرية كان نابعا من طبيعة عمله التى تعطى له

---

(١) التدليس بالقانون - عبدالسلام ذهنى بك - ١٩٤٨ - ص ١٩١ .

(٢) اركان الظاهر كمصدر الحق د/ نعمان جمعه سنة ١٩٧٧ - ص ٤ ، وانظر د/ عبدالباسط جميعى - نظرية الأوضاع الظاهرة - المظهر المخالف للحقيقة - رسالة جامعة القاهرة - سنة ١٩٥٥ - ص ١٥ .

الفرصة لفحص النوايا والأغراض الشخصية ولذا كانت محاولات اضفاء الطابع الموضوعى فى فكرة الانحراف لا تستطيع أن تجد لها مجالا فى تحديد طبيعة فكرة الانحراف عموما ليس فقط لذاتية محل البحث بل وأيضا لطبيعة عمل الباحث أى القاضى فهو أبعد من أن تحوطه قيود موضوعية فى مثل هذا البحث الدقيق ولديه القدرة على اقامة الدليل على وجود الانحراف بما يملكه من سلطة مطلقة وتقديرية فى نطاق الاثبات .

الفصل الثانى

الإنحراف فى إستعمال السلطة الإدارية

مقدمة:

دور القضاء الادارى فى إنشاء قواعد القانون الادارى :

أن تقنين أى فرع من فروع القانون يقتضى اصدار تشريع يشمل المبادئ العامة لكل أجزاء القانون فالتقنين قصد به اصدار تشريع يتضمن مجموع المبادئ العامة التى تتخذ أساسا لتنظيم الروابط والعلاقات القانونية كما يتضمن مجموع القواعد التى تنظم هذه الروابط والعلاقات وفقا لهذه المبادئ ويفهم من هذا أن التشريع الذى يصدر وينظم نوعا معينا من الروابط لا يعتبر تقنينا الا اذا تضمن المبادئ العامة التى يقوم عليها نفاذ التشريع كله كمجموع فالمبادئ العامة توجد مثلا في التقنين المدني المصرى (مادة ١ - مادة ٨١) والمبادئ العامة فى القانون التجارى مدونه في الباب الأول (مادة ١ - ١١) والمبادئ العامة فى قانون العقوبات مدونة فى الكتاب الأول (مادة ١٢ - ٦٦) .

والقانون الادارى بهذا المعنى السابق غير مقنن حقيقة توجد فى كثير من الدول مجموعات القوانين واللوائح الادارية فى تنظيم نواحى النشاط الادارى عامة كالتشريعات التى تنظم شئون الموظفين والتشريعات التى تنظم حالات واجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة وتشريعات خاصة بالمجالس البلدية والقروية غير أن هذه التشريعات التى تتناول جزءا محدودا من الروابط والعلاقات التى تخضع للقانون الادارى لا يجوز اعتبارها تقنينات له الا اذا تضمنت المبادئ العامة التى تحكم الروابط والعلاقات

الادارية بالنسبة لناحية معينة من نواحي النشاط الاداري وصدور تقنين للقانون الاداري بهذا المعنى أمر شديد الصعوبة . ان لم يكن مستحيلا وذلك لأن الروابط والعلاقات التى ينظمها هذا القانون هي بطبيعتها أكثر الروابط تأثرا بالظروف السياسية والاقتصادية وهذه الظروف والعوامل غير ثابتة ولا مستقرة وتطورها المستمر يقتضى تطور كل القواعد التى تحكمها ومن هنا كانت قواعد القانون الاداري وأحكامه غير مستقرة ولا ثابته وعدم استقرارها وحاجتها للتعديل والتغيير في كل وقت تبعا لتغير الظروف يجعل من المتعذر تقنينها[1].

لذلك كانت المبادئ العامة للقانون الاداري لا تزال الى اليوم غير مقننة بعكس الحال بالنسبة للقانون المدنى ولكن ليس معنى ذلك أنه لا توجد مبادئ عامة للقانون الاداري وانما المقصود ان هذه المبادئ ليست مقررة بنصوص صريحة فى معظم الأحيان ومصدرها في الغالب أحكام القضاء لا القانون المكتوب ويتولى القضاء استنباط هذه المبادئ مستلهما روح التشريع القائم[2]. فما هو دور القاضى فى استلهام هذه المبادئ ؟ وماهي طبيعتها ؟ وما أثر القول بوجود مبادئ عامة للقانون الاداري لاتستند الى نصوص مكتوبة ؟.

يقصد بالمبادئ القانونية العامة فى مجال القانون الادارى تلك المبادئ القانونية التى لا تستند الى نص مكتوب والتى تجد مصدرها فى القضاء فهى مبادئ يعمل القضاء على استخلاصها واعلانها بحيث تعتبر قواعد

---

(١) د/ محمد فؤاد مهنا : القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التعاونى - المجلد الأول - سنة ١٩٦٧ - ص ٣٧ الى ص ٤٢ ، د/ ثروت بدوى - المرجع السابق - ص٩٩.

(٢) George vedel le droit adminstrative 1976 p 53.

ملزمة يتعين على الادارة أن تلتزم بها فى قراراتها والا عدت هذه القرارات غير مشروعة[١].

وتصنف هذه المبادئ في فرنسا الى عدة طوائف منها الطائفة التقليدية التى ترجع الى اعلان حقوق ١٧٨٩ كالفصل بين السلطات ومبدأ المساواة بين المواطنين والحرية الفردية وهناك المبادئ التى يستخلصها القاضى الادارى لتقديره أنها كامنة كل نظام قانونى من ذلك مبدأ عدم رجعية القواعد الادارية والمسئولية المبنية على خطأ ومبدأ حجية الشئ المقضى فيه ومنها ما يستخلصه مجلس الدولة من طبيعة الأشياء أى طائفة ما هو ضرورى على أساس أن هناك منطقا كائنا فى هذه النظم كما أن هناك ضرورات كائنة فى الحياة الاجتماعية ومن ذلك مبدأ استمرار المرافق العامة ومبدأ الشرعية الاستثنائية التى تقتضى التحلل من بعض ضمانات المشروعية العادية وأخيرا فهناك طائفة القواعد التى تنتمى الى ما هو عدل في صورته المثالية ومن هذا القبيل التأكيد الضمنى بأن الادارة مقيدة بالبحث عن المصلحة العامة والقاعدة التى تستند اليها الرقابة على صحة الأسباب ومؤداها أنه يجب على الادارة الا تكذب[٢].

وهذه المبادئ التى يستنبطها القضاء الادارى لا تجد أهميتها فى أنها تستوى والتشريع فى حالة عدم وجود نص حيث يقوم القاضى بتطبيقها على النزاع المثار أمامه فحسب وانما تجد قوتها فى أنها تهيمن على النظام

---

(١) انظر فى هذه المبادئ جوهو - رسالته عن المبادئ القانونية العامة فى القضاء الادارى - سنة ١٩٥٤ ، وانظر : يفيرو - القاضى الادارى الفرنسى - القاضى الذى يحكم ١٩٥١ ، وانظر . جورج بيدل - القانون الادارى - المرجع السابق ص ٥٥ ، وانظر د/ فؤاد مهنى - المرجع السابق - ص ٨٩ ، د/ محسن خليل - القضاء الادارى ورقابته لاعمال الادارة - ١٩٦١ص ١٧ .

(٢) ريفيرو : المرجع السابق - ص ٦٦

الادارى الذى يعمل من خلاله القاضى الادارى وتبدو قوتها الحقه فى حالة وجود نص تشريعى غامض بل وفى حالة وجود نص تشريعى واضح حيث يمكن للقاضى ان يؤوله وفقا لهيمنته على عملية التفسير فقوة هذه المبادئ ليست فقط فى حالة عدم وجود نص يحكم النزاع وانما حتى فى وجود هذا النص وان كانت القاعدة العامة أن القاضى الادارى شأنه شأن القاضى المدنى ملزم بتطبيق القانون على النزاع ولا يملك مخالفته بدعوى تعارضه مع المبادئ العامة للقانون ولكنه تحت ستار التطبيق يخرج عنه لاحساسه بأن المبدأ المخالف مبدأ أساسى ولكن هذا الخروج يأتى تحت ستار تفسير النص[١].

وفى محاولة لايجاد ضوابط لاستلهام هذه المبادئ القانونية العامة من النظام القانونى يوضح الفقه أن القاضى لا يقر من القواعد الا ما يتجاوب مع ضرورة الحياة الاجتماعية أى أنه يعبر عن أقوى المشاعر التى تسيطر على الضمير القومى كما أنه يستخلص هذه المبادئ من أساس مشترك للنصوص والتقاليد والمعتقدات فهو يطبق نفس المبادئ التى اعتاد المشرع أن يسترشد بها[٢].

وأيا كان الخلاف حول أساس استنباط القضاء لهذه المبادئ[٣] فان القضاء وهو يقوم بهذا الاستنباط انما يقوم بعملية انشائية تقف على قدم المساواة مع ما يقوم به المشرع وان كان الاصل أن المشرع يملك الغاء هذه المبادئ بإصدارة التشريع فى هذا الشأن لأن مجرد المقولة باستخدام القضاء

---

(١) د/ محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع - سنة ١٩٥٧ - ص ٢٥٧ .

(٢) د/ عصفور : المرجع السابق - ص ٢٧٠ .

(٣) انظر : Le tourner " Les principaux generaux du droit dans la jurisprudence du C-E 1951 p 19.

لهذه المبادئ فانه يعنى فى الواقع أنشاءه وخلقه لها لأن عملية اختياره المبدأ من مجموعة المبادئ التى لا حصر لها بعد أن تعذر اتفاقه مع قواعد القانون الوضعى ومن ثم تطبيقه هو الذى يعطى لهذا المبدأ قيمة قانونية يدخله ضمن قواعد القانون الوضعى[1]. وقد اجتهد بعض الفقهاء فى التفرقة بين طبيعة ابتداع هذه المبادئ وطبيعة التشريع حيث ان ابتداع التشريع لا يتطرق الى انشاء القاعدة القانونية بقدر ما يتطرق الى تغذية النظام القانونى بقيم وأفكار مستحدثة فجوهر السلطة التشريعية هو ابتكار القيم والأفكار الجديدة لا مجرد استنباط قواعد من تشريعات أو أفكار أو معتقدات سائدة ولذلك فانه اذا كان من المسلم به أن يتقيد القاضى فى فرض المبدأ القانونى العام بما يسود النظام القانونى من معايير وأفكار فإن سلطة المشرع لا يرد عليها هذا القيد بداهة فالقاضى لا يشرع عندما يحدد المبادئ القانونية العامة وانما وهو يتزل على مقتضيات النظام القانونى فى مجموعة أو يغلب روحه وعليه فالقاضى اذ يطبق المبدأ القانونى العام يقوم بدور انشائى وان كان لا يبلغ مبلغ التشريع فهو لا يضع عناصر جديدة فى البناء القانونى وانما هو يستعين بالعناصر الموجودة فعلا فان هذه التفرقة يبررها المذهب الذى يرى أن القانون ليس فقط ما تريده السلطة التشريعية أو حتى السلطة التأسيسية بل يجب أن يتسع لكل ما يعرضه النظام القانونى وتستلزمه أسسه وعليه فان دور القاضى عند هذا الرأي هو ابتداع فى حدود النظام القانونى السائد[2].

والمتفق عليه كقاعدة أنه فى حالة سكوت التشريع فان القاضى يخلق

---

(١) ريفيرو : المرجع السابق - ص ٢١ - ٢٢ .

(٢) أنظر :

Al - semes - cheriakof La notion de principux generaux de droit dans la jurisprudence recentes A-J-D-A 1976.
Sieur d'ailleur C-E 7 fevrier 1947 R. D. P 1947 p 68 note waline.

تنظيما قانونيا يخدم من حيث الأساس موضوع فحصه القضائى ويستعين في ذلك بما يطبقه من مبادئ عامة تهيمن على النظام الاداري ككل فهو فى حالة سكوت التشريع يمثل سيد الموقف بالنسبة للقرار الادارى[١].

واذا كان القاضى ينزل المبادئ القانونية العامة على النزاع الذى لايجد له نصا صريحا ويستعين بها عند غموض النص فان الدور الرئيسى للقاضى الادارى تظهر خطورته فى فحصه لمشروعية قرارات الادارة ومدى الرقابة التى يبسطها على سلطتها التقديرية فى هذا الشأن وأساس ذلك أن القاضى الادارى يتحدد اختصاصه الاصلى برقابة شرعية قرارات الادارة وهل هى مطابقة للقانون أم لا ودور القاضى هو التأكد من شرعية هذا القرار وأنه فى الأصل ليس مخالفا للقانون والأمر هنا أنه إذا لم يكن هناك نص قانونى فهل يعتبر تصرف الادارة مشروعا حتما بالاستناد الى انها لم تخالف ثمة نص معين ؟ هنا يظهر مدى سلطة القاضى الادارى فى تحديد مدى ما تتمتع به الادارة من السلطة التقديرية ويظهر من رقابة دور القاضى فى الحد من السلطة التقديرية للادارة نوعا آخر من أنواع هيمنة القاضى الادارى على قرارات الادارة . ان دوره فى هذا الشأن يماثل دور المشرع تماما ومن هنا كان من الضرورى معرفة أثر ابتداع القاضى الادارى لهذه المبادئ العامة على المجال الرئيسى لبحثنا وهو السلطة التقديرية للادارة واركان القرار الادارى ثم نصل الى العيب الرئيسى الذى يصيب السلطة التقديرية فى القرار الادارى وهو عيب الانحراف بالسلطة وعلى ذلك نتناول فى المبحث الأول القاضى الادارى والسلطة التقديرية للإدارة فى القرار الادارى والمبحث الثانى يتناول الرقابة القضائية على السبب فى القرار الادارى ثم أخيرا عيب الانحراف فى استعمال السلطة الادارية .

(١) Dubisson la distinction entre la legalité et l'appotinité dans la theorie du recour pour exces de pouvoir these Paris 1958 p 31 .

المبحث الأول

الرقابة القضائية على عناصر القرار الاداري

القرار الاداري أو العمل الاداري أو القرار التنفيذي لا يختلف من حيث جوهره عن أي عمل قانوني آخر سوى أن ما يميزه عن بقية الأعمال القانونية هو صدوره عن هيئة من الهيئات الادارية المختصة ولذلك فان العديد من الفقهاء لا يقرنون العمل القانوني الاداري بتعريف خاص[(١)] والتعريف السائد في الفقه والقضاء العربي للقرار الاداري هو انه افصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة بما لها من سطة بمقتضى القوانين واللوائح في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد انشاء وضع قانوني معين محققا لمصلحة عامة[(٢)].

وعناصر القرار الاداري هي اما عناصر تتعلق بشرعية أو قانونيه القرار الخارجية وهما عنصري الاختصاص والشكل أما عناصر السبب والمحل والغرض فهي عناصر شرعية أو قانونية القرار الداخلي وهي التي يمكن أن تكون مجال لسلطة الادارة التقديرية واختصاصها المقيد ولما كنا سنفرد فصلاً خاصا عن عنصر الغاية في القرار لذا سنتكلم هنا عن باقي العناصر .

---

(١) تعريفات القرار الاداري - ديجي - مطولة في القانون الدستوري - ص ٣٢٦ ، وبونار موجزه في القانون الاداري - سنة ١٩٤٢ - ص ٢٨ ، وهوريو - موجزه في القانون الاداري ص ٧٣ ، وجورج فيدل - القانون الاداري - ١٩٧٦ - ص ١٠٢ .

(٢) انظر تعريف د/ سليمان الطماوي - نظرية التعسف في استعمال السلطة سنة ١٩٧٦ - ص٢٨، د/ محمد فؤاد مهنا - القانون الاداري العربي - المجلد الثاني - ص ١٠٠٩ ، والتعريف الوارد هو لحكم محكمة الادارية العليا في ٦٤/٤/٥ - مجموعة أبوشادي - ص ١٠٠٦ وقضائها مطرد على ذلك ، انظر الطعن رقم٤٣٢ لسنة ٢٣ - جلسة ١٩٧٩/١/٢٧.

(أ) عنصر الاختصاص :

يقوم القانون العام الحديث على فكرة الاختصاص ويمكن القول بأن فكرة تحديد اختصاصات معينة لرجال الادارة هى نتيجة من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات لان هذا المبدأ لا يقتضى تحديد اختصاصات السلطات العامة الثلاثة فحسب وانما يستتبع ايضا توزيع الاختصاصات فى نطاق السلطة الواحدة[١] .

والقواعد الخاصة بعنصر الاختصاص فى القرار الادارى هى التى تحدد أن قرارا معينا يجب أن يصدر عن سلطة ادارية معينة وبذلك تعطى هذه القاعدة الصلاحية القانونية لهذه السلطة الادارية لاصدار هذا القرار المعين دون غيرها من السلطات ووفقا لهذا التعريف فانه ينبغى التميز بين الاختصاص وبقية عناصر القرار الأخرى . إن بين فكرة الاختصاص وفكرة المحل صلة دقيقة جدا لأن الاختصاص انما يفترض بأن القانون قد وضع بالنسبة لكل هيئة ادارية أو عضو من أعضاء الادارة العامة قائمة بالقرارات التى يستطيع اتخاذها ومن هذه الزاوية قد تختلط فكرة الاختصاص بالمحل مثلا إلا أن القضاء الادارى والغالبية العظمى من الفقهاء سواء فى مصر أو فرنسا استقروا وفقا للأساس التاريخى على اعطاء كلمة الاختصاص معنا ضيقا يقف فيه عند مصدر القرار لا يتعداه إلى مضمون القرار أو لا يتعداه بمعنى آخر الى السلطة نفسها بعناصرها الثلاثة المحل والسبب والغرض[٢] وعلى ذلك فإن عدم الاختصاص يعنى عدم التمتع بممارسة سلطة معينة سواء كانت تلك السلطة سلطة تقديرية أو

---

(١) د/ سليمان الطماوى : القرارات الادارية - سنة ١٩٧٦ - ص ٣٠٤ .

(٢) د/ عصام البرزنجى : المرجع السابق - ص ٢٢٥ .

مقيدة وعليه فلا علاقة بالمرة بين فكرة الاختصاص من ناحية وفكرة السلطة التقديرية من ناحية أخرى أى أن عنصر الاختصاص فى القرار الادارى لاتقدير فيه من جانب الادارة إما أن يتوافر فيكون القرار قد استوفى عنصره الشكلى الأول لوجوده أو غير متوافر فلا يبحث القضاء بعد ذلك من المشروعية الداخلية للقرار وانما يقف عند عدم المشروعية الخارجية ويصبح القرار غير مشروع لصدوره من غير مختص .

(ب) عنصر الشكل :

قواعد الشكل فى القرار أيضا من القواعد التى لا تتعلق بموضوع ممارسة السلطة وانما تتعلق بكيفية ممارسة هذه السلطة فى القواعد التى تحدد المظهر الخارجي لهذه الادارة دون موضوع الارادة نفسها سواء كانت مقيدة بجميع عناصرها أو كانت تقديرية بجميع عناصرها أما ما يلاحظ من تسامح القضاء الادارى فى بعض الحالات بالنسبة لخروج الادارة عن قواعد الشكل فان ذلك لم يكن اعترافا منه بأى مجال للتقدير بالنسبة لقواعد الشكل ولكن لاسباب أخرى كالتمييز بين الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية[1] أن السلطة توجد مستقلة عن القرار وهى التى تكون مقيدة أو تقديرية أما الاعلان عن السلطة فيتم من خلال القرار ذلك انه كى يظهر القرار في الواقع لابد من تدخل رجل الادارة المختص وفي الشكل الذى يحدده القانون قبل أن يتخذ القرار وقبل ذلك فان السلطة تقديرية أو مقيدة تكون موجودة ولكنها تكون ساكنة وفيها امكانية التحرك . إن السلطة تكون مقيدة أو تقديرية قبل اعلانها الى العالم الخارجى وبالاعلان فانها

(١) د/ سليمان الطماوى : النظرية العامة للقرارات الادارية - ص ٢٨٦ .

تتقمص فى القرار وتظهر به[1] أى أنه لا سلطة تقديرية فى خصوص شكل القرار .

(جـ) عنصر المحل :

ان محل القرار الادارى ان هو الا الاثر الذى ينتج عنه مباشرة وفى الحال وهو بذلك جوهر القرار ومادته وهذا ما يميز القرار الادارى كعمل قانونى عن العمل المادى الذى يكون محله دائما متمثلا بنتيجة من الواقع[2] وتختلف آثار القرارات الادارية التى تصدرها الادارة باختلاف نوع هذه القرارات فمن قراراتها ما هو لائحى فيكون أثره هنا متمثلا بقاعدة تنشئ أو تعدل أو تلغى حالة قانونية عامة أو موضوعية ومن قراراتها ما هو فردى فيكون أثره متمثلا بانشاء حالة فردية أو تعديلها أو الغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم والاصل فى القرارات الادارية بمجموعها أنها ينبغى أن تكون صادرة بالاستناد الى قواعد قانونية سابقة فاذا كانت اللوائح بما تتضمنه من قواعد عامة لا يمكن أن تكون علاقاتها علاقة مطابقة بالقواعد القانونية التى تصدر بموجبها وانها من جهة أخرى يمكن أن تصدر دون الاستناد الى قواعد قانونية معينة كاللوائح المستقلة الا أن القرارات الفردية ذاتية كانت أو فردية ينبغى فيها كقاعدة عامة وتكاد وتكون مطلقة أن تصدر بالمطابقة للقواعد القانونية التى تعلوها وتنفيذا لها ومحل القرار الادارى هنا انما يتمثل فى تحديد الحكم القانونى بالنسبة للحالة الفردية والقرارات الادارية حتى تصدر

---

(١) د/ عصام البرزنجى : ص ٤٢٧ .

(٢) د/ سليمان الطماوى : التعسف فى استعمال السلطة - ص ٥٧ ، د/ عصام البرزنجى - المرجع السابق - ص ٤٥٩ .

بالاستناد إلى قواعد قانونية سابقة فانها لا تصدر مستندة الى القواعد التشريعية فقط وانما يمكن ان تكون مستنده الى قاعدة قانونية ومنها القاعدة القضائية .

ولا يمكن التحدث عن مدى تأثير تدخل القاضى الادارى فى تقييد السلطة التقديرية للادارة فى خصوص محل القرار دون ربط ذلك بمدى رقابة القضاء لسبب القرار وهو ما سنتناوله فيما بعد أما هنا يمكننا الاشارة الى حرية الادارة فى نطاق المحل تنقسم الى حريتها فى اختيار وقت تدخلها فاذا لم يكن هناك ثمة الزام من المشرع بالتدخل فى ظروف معينة فان الادارة حرة فى اختيار وقت تدخلها[١] كما ان الادارة حرة فى اختيار فحوى قرارها ما لم يكن عليها ثمة الزام باختيار أحد الحلول المعروضة عليها دون الحلول الأخرى والعيب الذى يصيب محل القرار الادارى يتمثل فى عدة أشكال :

(١) المخالفة المباشرة للقاعدة القانونية .

(٢) الخطأ فى تفسير القاعدة القانونية وذلك بمحاولة أعطاء القاعدة القانونية معنى غير مقصود .

(٣) الخطأ فى تطبيق القاعدة القانونية على الواقع .

وخلاصة ما تقدم أن الادارة وهى بصدد اصدارها لقرارها فان محل قرارها أما أن يكون محددا سلفا بأى من قواعد التحديد القانونية أو

---

(١) انظر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى خصوص التعريض عن التعسف فى استعمال الحقوق الادارية حيث يقضى بالتعويض عن تأخر الادارة غير المشروع فى اتخاذ القرار . د/ محمد ميزغنى أدريس - المرجع السابق - ص ٤٥٠ .

الدستورية أو القضائية وهنا تقف الرقابة على التثبت من اتفاق قرارها مع المحل الذى تفرضه عليها القواعد سالفة البيان واما اذا لم تكن الادارة ملزمة باتخاذ اجراء معين أو احداث أثر معين وكان لها حرية الاختيار بين أن تتدخل أولا تتدخل وحرية الاختيار بين عدة حلول فاذا ما قررت التدخل فان تدخلها يكون نابعا من سلطة تقديرية يراقبها القضاء فى أقصى حالاتها فى نطاق الانحراف بالسلطة فالتدخل القضائى فى محل القرار الادارى يتمثل فيما يقوم به القضاء من رقابة على سلطتها المقيدة فيراقب القرار من حيث مخالفته للقانون أو اتفاقه معه وتنصب الرقابة هنا فى جانب كبير منها على عنصر السبب فى القرار فاذا أصاب القرار عيب كان مخالفا للقانون واذا كان للادارة سلطة تقديرية فان تدخل القاضى لا يكون الا حيث يعاب القرار فى غايته بعيب الانحراف بالسلطة .

ومن أمثلة سلطة الادارة التقديرية فى خصوص عنصر المحل ما قرره القضاء من أن الترخيص أو عدم الترخيص فى تحويل مدرسة ابتدائى الى اعدادى هو من الملائمات المتروكة للادارة والاعفاء من الضريبة أو عدم الاعفاء منها هو مما تستقل الادارة بتقديره ، وحصر بعض تجار القطن والسماسرة الذين يقتضى الأمر تدبير أعمال لهم واستبعاد بعضهم من الملاءمات المتروكة للادارة(١) .

---

(١) مجموعة أحكام الادارية العليا - فى ١٩٥٩/٥/٩ - يبدأ ١١٦٣ ص ١٩٦ وحكم الادارية العليا فى الطعون ١٧٠ ، ١٧١ لسنة ١٧ - جلسة ١٩٧/٤/١٣ .

المبحث الثانى

الرقابة القضائية على السبب فى القرار الادارى

الفرع الأول

ظهور فكرة السبب فى القضاء الادارى

ظهرت فكرة السبب[١] فى نطاق القانون المدنى كمبدأ عام يرجع الى مجموعة من فقهاء العصور الوسطى الذين يطلق عليهم فقهاء الكنيسة أو الكنيسيين حيث كانوا أول من استخلصوا مبدأ الرضائية وما يترتب عليه من أن الارادة هى التى تنشئ العقد وتجعله ملزما وعليه فاذا كانت الارادة قد تحررت من قيود الشكلية بحيث تكفي وحدها لاتمام التعاقد إلا أنه وراء كل ارادة فردية باعثا دافعا يحركها الى التعاقد وهو سبب العقد وهذا السبب يجب أن يكون مشروعا وبهذا عرف السبب بمعنى الباعث الدافع الى التعاقد[٢] وهذه النظرية كما صاغها فقهاء القانون الكنسى تعطى للقاضى سلطة واسعة فى الحكم على العقود اذ انه في كل عقد يجب علينا الا نقف عند الغاية المباشرة القريبة أو السبب القصدى وانما علينا ان نتحرى الدوافع النفسية البعيدة التى دفعت الى التعاقد فاذا وجدنا انها غير مشروعه أى مخالفة للنظام العام والآداب فان نظرية السبب تقدم لنا وسيلة سهلة لابطال العقد[٣] وقد سادت نظرية فقهاء الكنيسة خلال فترة طويلة من العصور

---

(١) انظر فى اساس نظرية السبب فى القانون المدنى - رسالة ، د/ محمود أبوعافية - بالفرنسية التصرف القانونى المجرد - سنة ١٩٤٨ - ص ٩٨ .

(٢) السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى - مصادر الالتزام - جـ١ ص ٥٥٤ لسنة ١٩٨١ ، د/ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام جـ١ ص ٢٤٨ .

(٣) د/ أنور سلطان : المرجع السابق - ص ٢٤٩ ، د/ عبدالحى حجازى - مصادر الالتزام - سنة ١٩٦٢ - ص ١٤٣ .

الوسطى واخذ بها القضاء فى فرنسا فعمد الى ابطال العقود التى يكون الباعث الدافع اليها غير مشروع وعلى هذا الأساس قضى بابطال دين المقامرة والمنازعات التى تكون الباعث الدافع عليها غير مشروع وظل الوضع كذلك الى أن جاء الفقيه دوما وصاغ نظريته فى السبب التى تقوم على اساس انكار دور الباعث الدافع فى العقود وطبقا لأفكار دوما قام فريق من الفقهاء بصياغة نظرية للسبب شاع تسميتها بالنظرية التقليدية وخلاصة رأى دوما ان السبب يعنى السبب القصدى هو دائما أمر داخلى فى العقد وواحد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود وهو وحده الذى يعتد به دون الباعث[١] وبذلك تحولت نظرية السبب على يد دوما من نظرية نفسية مرنه أساسها البحث عن غرض المتعاقدين الى نظرية مجرده جامدة أساسها البحث فى التكوين الفنى للعقد[٢] فالنظرية التقليدية تقرر أن السبب فى العقود التبادلية أى سبب التزام أحد المتعاقدين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر أى الالتزام المقابل وهذا السبب واحد دائما لا يتغير فى النوع الواحد من العقود فالسبب فى التزام المشترى هو الرغبة فى الحصول على البيع وسبب التزام البائع هو الرغبة فى الحصول على الثمن وهذا هو سبب الالتزام وهو الوحيد المعتد به لدى انصار هذه النظرية والسبب فى العقود العينية هو واقعة تسليم الشئ وفى عقود التبرعات هو نية التبرع وعليه تكون شروط السبب هى أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا وقد انتقدت هذه النظرية إنتقادا شديدا لانها ليست بكافية لحماية المجتمع ذلك انها تقف عند السبب القصدى وهو الغرض المباشر القريب ففى حالة الهبة

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٥٦٥ .
(٢) د/ أنور سلطان : المرجع السابق - ص ٢٤٩ .

التى يكون القصد منها انشاء علاقة غير مشروعة مع الموهوب لها فلو وقفنا عند السبب القصدى وهو نية التبرع لما أمكن ابطال هذه الهبة لأن نية التبرع لا يمكن أن توصف بذاتها بعدم المشروعية[١].

إلا أن القضاء لم يقف حبيس القيود التى حاولت النظرية التقليدية تقيده بها فالسبب فى نظر القضاء هو الباعث الدافع الذى وجه ارادة المتعاقد علي أن القضاء لا يعتد الا بالباعث الرئيسى الذى لولاه لما ابرم العاقد العقد دون البواعث الثانوية ولو كانت غير مشروعة كما أن القضاء اشترط للاعتداد بالباعث الرئيسى هذا فى عقود المعاوضات أن يكون هذا الباعث داخلا فى دائرة التعاقد بحيث يشترط للاحتجاج ببطلان العقد على العاقد الذى لم يقم لديه الباعث غير المشروع أن يكون عالما بعدم مشروعية الباعث الذى دفع المتعاقد الآخر الى التعاقد وقد أخذ القضاء فى مصر وفرنسا بهذا الاتجاه[٢]، هذا باختصار عرض لنظرية السبب فى القانون المدنى وعليه فالسبب فى القانون المدنى هو فكرة ذاتية خالصة وهذا الطابع الذاتى للسبب فى القانون المدنى يجد تفسيره فى الدور الذى قصد القضاء استخدام فكرة السبب لتحقيقه بوصفها وسيلة حماية المجتمع من اتجاه ارادة المتعاقدين الى تحقيق أغراض غير مشروعة وهذه الوظيفة التى يقوم بها السبب فى حماية المجتمع هى التى دفعت القضاء الى تطوير السبب على نحو ذاتى يكفل له التغلغل فى نفسية المتعاقد وفحص البواعث الكافية التى دفعته الى ذلك لضمان عدم اتجاه الادارة الى تحقيق غرض غير

---

(١) د/ اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - جـ١ ص ٢٦٩ .

(٢) انظر عرضا لهذا القضاء فى السنهورى - المرجع السابق - ص ٥٧٠ ، وانظر عرضا لأراء الفقهاء المسلمين فى خصوص السبب السنهورى - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى سنة ٦٧ - معهد البحوث والدراسات الع[illegible]

مشروع كما ان تحديد اهداف النشاط الفردى لا يمكن ان يتم الا على نحو سلبى فلا يلزم الافراد بالاستناد فى تصرفاتها الى أسباب معينة . وانما يلزمون فقط بالا يصدروا هذه التصرفات عن أسباب غير مشروعة[1] . وعليه فما هى العلاقة بين فكرة السبب فى مجال القانون المدنى وفكرة السبب فى مجال القانون الادارى ؟ وكذلك ما أثر هذه الفكرة فى نطاق القانون الادارى وهل لها مدلول مختلف عن ذلك الموجود فى نطاق القانون المدنى ؟ وما مدى الأخذ بها فى تحديد دور القاضى فى السلطة التقديرية للادارة فى خصوص هذا الركن من أركان القرار ؟

من المعروف أن أوجه الرقابة على مشروعية عناصر القرار الادارى قد نشأت بابتداع مجلس الدولة الفرنسى لرقابة المشروعية بالنسبة لركن الاختصاص والشكل .

على أن مجلس الدولة لم يقف عند هذين الوجهين من أوجه الالغاء بل أعترف لنفسه بحق توسيع قضائه بالنسبة للانحراف بالسلطة فنشأ عيب الانحراف بالسلطة مقترنا بفكرة عدم الاختصاص وكانت نشأة عيب الانحراف بالسلطة نتيجة لبسط المجلس رقابته على السلطة التقديرية للادارة فكان عيب الانحراف الذى يصيب القرار اذا كانت الادارة قد اتبعت غاية أخرى غير الصالح العام باعتبار ان الصالح العام هو أساس اعطاء الادارة لسلطاتها ومكناتها ومباشرتها لاختصاصاتها المقررة وكان البحث فى الانحراف بالسلطة هو بحث ذاتى خالص فكيف يمكن معرفة عدم تحقيق القرار للصالح العام إلا بتفحص نوايا وأغراض مصدره ؟ .

(١) د/ محمد حسنين عبدالعال : فكرة السبب فى القرار الادارى ودعوى الالغاء - سنة ١٩٧١ - ص٣٧٨ .

وبعد أن أخذ مجلس الدولة يطور في بسط سلطاته على القرارات الادارية حاول أن يجد سندا موضوعيا يتلمس منه تحقيق القرار الاداري لغايته تلك على وجه لا يرغمه على بحث نية وضمير مصدر القرار لصعوبة البحث ودقته وعدم وجود شواهد موضوعية على ذلك فلجأ الى فكرة السبب ولكنه أخذ بها في صورة تختلف تماما عن تلك التي ظهرت بها في نطاق القانون المدني .

فاذا كانت فكرة السبب في القانون المدني بوصفها قيدا على الارادة تتخذ طابعا نفسيا خالصا فان ذلك مرده تخلف التحديد الايجابي لغايات النشاط الفردي وعليه فاذا كان النشاط الاداري محددا على نحو ايجابي بفكرة الصالح العام فان مدلول السبب يجب ان يختلف ايضا في نطاق القانون الاداري فالادارة ينبغي أن تصدر في كل ما تقوم به من أعمال عن هدف واحد لا يتغير هو تحقيق الصالح العام فالادارة يجب ان تهدف في كل ما تقوم به من أعمال وتصدره من قرارات الى السعي لتحقيق هذا الهدف[1]. وفكرة الصالح العام ذات طابع واقعي معين فهي ليست فكرة مجردة وانما هي فكرة واقعية تتحقق باشباع حاجات معينة بطريقة أوفى وأكمل على يد الادارة[2]. وعليه وجب النظر الى مدى تحقيق الصالح العام نظرة موضوعية فلا يكفي للقول بتحقيقه أن يصدر رجل الادارة قراره عن اعتقاد بأنه يخدم هذا الهدف وانما العبرة في تحقيق هدف الصالح العام هي بأن يكون صدور القرار استجابة لمتطلبات الحياة الواقعية واحتياجاتها لان ذلك يكفل للقرار تحقيق غرضه المحدد[3].

---

(١) د/ ثروت بدوي - مبادئ القانون الاداري - ص ١٢ .
(٢) د/ ثروت بدوي - المرجع السابق - ص ١٥ .
(٣) د/ محمد حسنين عبدالعال : رسالته سالفة البيان ص ٤٤

وهذه المتطلبات الواقعية هي التي تدفع الادارة الى اصدار قراراتها وهي بالتالي التي يجب ان تنصب عليها الرقابة القضائية بوصفها المؤدية الى تحقيق الهدف من القرار أو عدم تحقيقه واذا كان الغرض من القرار وهو الصالح العام غرض موضوعي فلم يكن ممكنا التثبت من تحقيقه الا بوسائل ذاتية أي بالبحث عن نية مصدر القرار أما وقد بسط القضاء رقابته على الواقع الدافع والمبرر لاصدار القرار فان التثبت من تحقق الصالح العام يتخذ أسلوبا موضوعيا ايضا فهذا الواقع سهل التثبت منه والتحقق من توافره أو عدم توافره ومن هنا فاذا كان القرار قائما على وقائع صحيحة ومبرره حقق هدفه بقوة القانون واذا لم يقم على وقائع صحيحة لم يكن ليحقق هذا الهدف حتي ولو سلمت نية مصدره[١].

وعليه يعرف السبب فى القرارالاداري بأنه العنصر القانوني أو الواقعي الذى يقود الادارة عندما تتخذ قرارها فانما تقيمه فى وقت واحد على أساس من قاعدة قانونية أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون أو حالة واقعية معينة وقد يتكون قرارها نتيجة لهاتين المجموعتين من الأسباب[٢] ويعرف قضائيا بأنه حالة واقعية أو قانونية تحمل الادارة على التدخل بقصد احداث اثر قانوني معين هو محل القرار ابتغاء تحقيق الصالح العام الذى هو غاية القرار[٣].

---

(١) في هذا المعنى بونار - السلطة التقديرية للسلطات الادارية والطعن بتجاوز السلطة مقالة بمجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ - ص ٩٢٣ .

(٢) أوبى ودراجو : المطول فى المنازعات الادارية - ١٩٦٢ - ص ٣٧ ، وانظر التعريفات الاخرى فى المؤلفات العربية فى هذا الشأن .

(٣) اطرد تعريف المحكمة الادارية العليا على ذلك انظر حكمها فى الطعن ٢٥٧ لسنة ٢٦ - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ وحكمها فى الطعن ١٧٨ لسنة ٢٦ - جلسة ١٩٨٢/٤/٢٤ .

الفرع الثانى

نشأة الرقابة على الوقائع وتطورها

لم يباشر مجلس الدولة الفرنسى رقابته على الوقائع فى دعاوى تجاوز السلطة (وهى التى تقابل دعوى الالغاء فى مصر) الا فى مرحلة متأخرة من مراحل تطوره فى حين أن هذه الرقابة تمثل آخر مرحلة من مراحل هذا التطور وكانت العقبة التى تقف فى وجه الرقابة على الوقائع تستند الى اعتبارين متقابلين يتعلق أحدهما بسلطة مجلس الدولة ويتعلق الآخر بسلطة الادارة ذلك أن سلطة مجلس الدولة كانت تحدها قاعدة عامة مستقرة طول القرن الماضى مفادها ان مجلس الدولة هو قاضى القانون والوقائع فى دعاوى التعويض وقاضى القانون في دعاوى مجاوزة السلطة حتى لقد شبه بالنسبة لدعاوى مجاوزة السلطة بمحكمة النقض من حيث أنها محكمة القانون فحسب فالمجلس يحترم سلطة الادارة فى بحث الوقائع وتقديرها كما تحترم محكمة النقض هذه السلطة لقاضى الموضوع وتسلط كلا من المحكمتين مجلس الدولة ومحكمة النقض الرقابة القانونية على الوقائع كما استخلصتها وقدرتها الادارة أو قاضى الموضوع حسب الاحوال[١] .

إلا أن هذا المذهب الذى جعل من مجلس الدولة محكمة نقض ازاء القرارات الادارية قد حجب قيام رقابة عامة على ماديات الوقائع وفى ذلك اهدار لضمانات المتقاضين ذلك أن مجلس الدولة يحكم فى دعاوى مجاوزة السلطة كأول وآخر درجة دون أن يكون هناك قضاء سابق - كما فى حالة النقض - ناقش الوقائع واستقر بها على وجهها الصحيح فاذا قيد المجلس

---

(١) فيدل القانون الادارى سنة ١٩٥٩ - ص ٣٨٤ .

نفسه بما يفرضه القانون على محكمة النقض من عدم التصدى لبحث ماديات الوقائع فان الادارة تصبح قاضية الوقائع وبالتالى تضحى ضمانات الموظفين صورية ولم يلبث مجلس الدولة أن خرج من هذا الدور الذى رسم له ومد رقابته على الوقائع مدفوعا فى ذلك بضرورات تسندها اعتبارات العدالة الادارية ويرجع السبب الثانى الى أن سلطة الادارة التى كانت وفقا لنظرية القرارات التقديرية غير مقيدة بأى قيود مما أدى إلى أن تفقد مصالح الأفراد فى ظلها كل ضمانة كافية ولم يكن بالوسع الحد من تلك الاختصاصات ولهذا لم يلبث المجلس أن عدل عن قضائه السابق . فكل قرار تقديرى ينبغى أن يستهدف مصدره تحقيق المصلحة العامة لأن هذه المصلحة هى غاية كل عمل ادارى فان انحرف عنها كان عملا باطلا من هنا ظهر الانحراف قيدا على نظرية القرارات التقديرية ثم تابع المجلس تطوره فكل قرار تقديرى شأنه فى ذلك شأن أى قرار آخر انما يصدر مستندا الى حالة من الواقع أو القانون وهذه الحالة هى مبرر اصداره ولذلك يجب أن تكون هذه الحالة صحيحة من حيث الواقع والقانون فان شابها خطأ انهار القرار لفقدانه الاساس الذى يقوم عليه وبذا برز الخطأ فى الواقع قيدا آخر على نظرية القرارات التقديرية[١] .

وهكذا امتدت رقابة مجلس الدولة على حساب سلطة الادارة ولصالح الافراد وكان طبيعيا أن يستند مجلس الدولة فى توسعه هذا فى رقابته الى فكرة قانونية تسند قضاءه فكانت فكرة السبب والرقابة القضائية على السبب تضمن الرقابة على الوجود المادى للوقائع والرقابة على التكييف

---

(١) د/ السيد محمد ابراهيم : الرقابة على الوقائع فى قضاء الالغاء - رسالة دكتوراه - ص ١٢ .

القانونى لها والرقابة على خطورة وأهمية هذه الوقائع وظهرت هذه الرقابة بهذا الترتيب فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أما مجلس الدولة المصرى فقد أخذ بفكرة السبب هذه فى بواكير أحكامه فقد ابتدأ من حيث انتهى نظيره الفرنسى غير أن أحكامه ألحقت هذا العيب بمخالفة القانون تارة والانحراف بالسلطة تارة أخرى نظرا للتحديد التشريعى لاختصاصه فى خصوص العيوب التى تظهر فى القرار ولم يكن من بينها عيب السبب .

الفرع الثالث

مظاهر الرقابة على الوقائع

المطلب الأول

الرقابة على الوجود المادى للوقائع

ان أى قرار ادارى انما يتصل بالضرورة بحالة مادية فى عالم الواقع وعندما يصدر رجل الادارة قرارا ما فإنما يأخذ فى اعتباره حالة مادية معينة والقانون بمجموع قواعده يشكل المصدر الرئيسى لاختصاص الادارة بالنسبة للتصرف ازاء الحالات المادية اذا كانت قاعدة القانون تتسم بالعموم والتجريد فان الحالة المادية أو الفردية انما تشكل تجسيدا وتخصيصا يتيح وضع قاعدة القانون العامة والمجردة موضع التنفيذ فى العالم الخارجى فاذا لم توجد هذه الحالة المادية فان ذلك يعنى ان المضمون القانونى للقاعدة لايمكن أن يوضع موضع التنفيذ فى مواجهة حالة مزعومة أو موهومة ليس لها قوام فى الواقع ولذلك ينبغى على القاضى بالنتيجة أن يبحث فيما اذا وجدت صدقا وحقا تلك الحالة المادية فى الواقع والتى صدر القرار بزعم مواجهتها فاذا كان صدور القرار يعنى ظاهرا ان هذه الحالة موجودة بالفعل ثم يظهر من وجهة النظر الموضوعية البحته انها لم توجد يكون من الواضح أن رجل الادارة الذى أصدر القرار قد أقامه خطأ على حالة أخرى غير تلك التى ينبغى أن يقوم عليها ومن ثم لا يمكن أن تخدم أساسا هذا التجسيد لقاعدة القانون العامة والمجردة[1].

---

(١) استاسينو بولص : مؤلفه سالف البيان ص ١٧٥ ، وانظر الخلاف حول تاريخ ظهور الرقابة على الوقائع فى احكام مجلس الدولة الفرنسى . أوبى دراجو - المرجع السابق - ص ٤٥٨ . وانظر د/ السيد محمد ابراهيم - رسالته سالفة البيان ص ١٢ .

ومن الواضح مما سبق أن هذا التبرير لتقيد سلطة الادارة عند أصدارها لقراراتها انما ينصب على سلطتها التقديرية فى هذا الشأن ذلك أنه فى حالة السلطة المقيدة فان وجود الوقائع يعد شرطا لاصدار القرار فاذا ثبت تخلفها أو عدم صحتها فقد تخلف الشرط المعلق عليه اصدار القرار ووقع باطلا لعدم تحقق شرطه فالخطأ فى حالة السلطة المقيدة فى فهم الوقائع يؤدى الى خطأ فى تطبيق القانون ولكن فى حالة السلطة التقديرية لم يحدد القانون للإدارة الوقائع التى يجب أن تكون أساسا لقرارها ومن هنا ذهب الفقهاء الى تبرير الرقابة على الوجود المادى للوقائع فى هذه الحالة على أسس منطقية . وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ووردت رقابة المجلس على الوجود المادى للوقائع صراحة فى حكم Tri-pont[١] وهى القضية الخاصة باحالة وزير الداخلية لأحد المحافظين الى التقاعد وقد ذكر فى هذا القرار أن احالته للتقاعد تمت بناء على طلبه فطعن المحافظ فى هذا القرار وأنكر تقديم أى طلب منه فى هذا الخصوص وقد الغى المجلس هذا القرار لأن وزير الداخلية بتأسيسه قرار الاحالة إلى التقاعد على أنه يتم بناء على طلبه يكون قد أقام قراره على موافقة مادية غير صحيحة وبالتالى يكون قد أعطاه سببا قانونيا غير موجود وأهمية هذا الحكم أنه حتى فى حالات السلطة التقديرية اذا استندت الادارة الى قيام وقائع معينة وجب أن تكون هذه الوقائع صحيحة وقد أقام المجلس ابتداء من هذا الحكم مبدأ عاما يربط بين القرار الادارى وبين الحالة الواقعية السابقة عليه وان هذه الحالة هى سبب القرار وقد تطور هذا القضاء فلم يعد يقصر السبب على واقعة سابقة على القرار بل اصبح يشمل حالة واقعية أو

---

١) مجلة القانون العام ١٩٣٢ - ص ٢١ .

قانونية سابقة على القرار[١].

وعليه وبابتداع مجلس الدولة الفرنسى والذى تابعه فى ذلك مجلس الدولة المصرى لفكرة السبب الواقعى بالمعنى الصحيح ببسط الرقابة على السلطة التقديرية للادارة أصبحت سلطة الادارة مقيدة فى هذا الخصوص بضرورة الاستناد الى وقائع قائمة وصحيحة واذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد استثنى من هذه القاعدة الى وقت قريب قرارات الضبط المتخذة تطبيقا لنصوص القوانين الانشائية أو قوانين الاستعجال والضرورة ذلك أنه بالنسبة لاجراءات الضبط المتخذة تطبيقا لهذه القوانين والتى يطلق عليها بعض الفقهاء اصطلاح اجراءات الضبط العليا[٢] فقد كان المجلس يكتفى بافتراض أن تكون الادارة قد استندت في اصدارها الى وقائع تكفى مع افتراض صحتها لتبرير هذه الاجراءات دون أن يقوم المجلس بالتحقق من الوجود الفعلى لهذه الوقائع وهذه هى حالة اجراءات الضبط التى اتخذتها الادارة تطبيقا لنصوص المرسوم الصادر فى ١٤ اكتوبر سنة ١٩٤٤ والخاص بالاشخاص الخطرين على الدفاع الوطنى أو الأمن القومى وسلك نفس المسلك فى خصوص اجراءات الضبط التى اتخذتها السلطات العرفية فى الجزائر تطبيقا لنصوص القانون الصادر فى ١٣ ابريل سنة ١٩٥٥ باعلان الأحكام العرفية فى الجزائر[٣] ففى هذه الحالات وأمثالها كان المجلس يكتفى بالتحقق من أن الواقعة المدعاه تندرج فى طائفة الوقائع التى تصلح سندا للقرار فى ظل نصوص قوانين الضرورة الا ان مجلس الدولة الفرنسى ابتداء من سنة ١٩٥٨ عدل عن موقفه هذا وشرع فى فرض

---

(١) د/ محمد حسنين عبدالعال : رسالته سالفة البيان – ص ١٧ .

(٢) أوبى ودراجو : المرجع السابق – جـ٣ ص ٦٧ .

(٣) مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، مدام بورفييه ص ٥٩ .

رقابة ليس فقط للتحقق من أن الواقعة المدعاه تندرج في طائفة الوقائع التي تصلح تبريرا للقرار دائما وانما ايضا للتأكد من الوجود الفعلى لهذه الواقعة وكانت بداية هذا التطور حكم Grayé[١].

وابتداء من ذلك الحكم يمكن القول بأن قاعدة ضرورة استناد القرار الادارى الى وقائع صحيحة ماديا قد أصبحت قاعدة مطلقة التطبيق لايرد عليها أى نوع من الاستثناءات .

وقد أطردت أحكام مجلس الدولة المصرى منذ بداية نشأته على رقابة الوجود المادى للوقائع بوصفها سببا لقرارها واستوى فى ذلك القضاء الادارى أو العليا فد ذهبت محكمة القضاء الادارى الى أن عدم الملائمة مع العهد الجديد كى تكون سببا جديا يسوغ فصل الموظفين بغير الطريق التأديبى بالتطبيق لاحكام القانون ١٨٢ لسنة ١٩٥٢ لابد لتحققه من ان تقوم بالموظف أسباب خاصة تدل على ذلك أو على الاقل تنسب اليه وقائع حقيقية تغنى فى الدلالة على هذا المعنى وأن تكون هذه الوقائع اعمالا ارتكبها الموظف فعلا وترتبط بما يراد الاستدلال عليها ارتباطا مباشرا[٢] وأن ادراج أسم أحد أعضاء هيئة التدريس السابقين فى كلية الطب فى قائمة الممنوعين من السفر على أساس أنه تلاعب فى درجات الطلبة واذا ثبت عدم استخلاص هذا السبب من أصول صحيحة يؤدى إلى الغاء القرار لأن السبب يكون قد انتزع من غير أصول أو دليل فى الأوراق[٣].

ويمكن القول أيضا أن مجلس الدولة المصرى قد واجه نفس الموقف

(١) مجموعة أحكام مجلس الدولة ١٩٥٩ ص ٨٥ - فى ١٩٥٩/١/٣٠ .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى فى ٦ مايو ١٩٥٦ - قضية ١٤٨ لسنة ٧ - مجموعة السنة العاشرة .

(٣) المحكمة الادارية العليا - جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٩ - القضية ١١١٥ سنة ١٥ .

أمام اجراءات الضبط من ناحية التثبت من الوقائع التى يقوم عليها القرار وهى تلك الحالات التى واجهها مجلس الدولة الفرنسى - مع اختلاف بسيط هوأن مجلس الدولة المصرى كان قد أخذ برقابة التحقق من الوجود المادى لهذه الوقائع منذ أحكامه الأولى ثم عدل عنها فى مرحلة لاحقه واخيرا عاد الى الأخذ بهذه القاعدة مرة ثانية وهو ما يثبت مدى أثر التدخل القضائى فى عنصر السبب فى مد نطاق الرقابة أو الاحجام عنها ومما يصور دور القضاء الادارى بأنه المهيمن على الوقائع عند مراقبته للقرار الادارى فقد ذهبت محكمة القضاء الادارى إلى أن القرار الصادر بفصل أحد الموظفين اذا كانت ما استند اليه الحكومة لاثبات أن للمدعى نشاطا ملحوظا فى جمعية الأخوان المسلمين بعد صدور قرار بحلها هو تحريات البوليس دون أن تسند للمدعى واقعة معينة أو يسأل فى محضر أو يسمع دفاعه فحق الغاء القرار لعدم قيامه على سبب واقعى قائم[1] إلا أن المحكمة الادارية العليا ذهبت الى أن مجرد انتماء الشخص إلى مجموعة ذات مبادئ خطرة أو منحرفة عن الدستور والنظام تكفى بذاته لوصف هذا الشخص بالخطورة على الأمن والنظام مما يبرر اعتقاله ولم تستلزم المحكمة لذلك كما كانت تتطلب محكمة القضاء الادارى أن يثبت ارتكاب الشخص فعلا لوقائع مرتبطة ارتباطا مباشرا مما يراد الاستدلال بها عليه وهى خطورته على الأمن والنظام[2] الا أنها عادت أخيرا الى ذات منهج محكمة القضاء الادارى الأول حيث ذهبت الي ضرورة توافر الشروط الواقعية بل ومدي تبريرها لاصدار قرارات المنع من السفر[3] وقضت محكمة القضاء الادارى بأنه إذ قام القرار المطعون فيه على سبب محدد هو

(١) محكمة القضاء الادارى - ١٩٥٢/٦/١٩ - قضية ٩٢٩ لسنة ٥ .

(٢) الادارية العليا فى ١٣ ابريل ١٩٥٧ - مجموعة السنة الثانية - ص ٨٨٦ .

(٣) الادارية العليا - جلسة ١٩٧٨/٣/١٨ - القضية ٢٢٠ سنة ٢٣ وحكمها فى القضية ٤٩٤ لسنة ٢٧ - جلسة ١٩٨٢/٥/٢٢ .

أن المدعى انقطعت صلته العلمية بالاستاذ المشرف على الرسالة والثابتة من الاوراق أن هذا الاستاذ المشرف قد طلب من رئيس القسم الموافقة على مد فترة قيد المدعى بقسم الماجستير وعليه يكون القرار غير قائم على سبب صحيح ويكون فاقدا الركن من أركانه جديرا بالالغاء[١].

وهكذا يمكن القول انه بعد ان كانت الادارة فى نطاق قراراتها التقديرية حرة فى إيجاد الوقائع التى تقوم عليها قرارها دون أن يكون للقضاء أن يتثبت من وجود هذه الوقائع أصبح الاستناد الى الوقائع خاضع الى رقابة قضائية تثبت من وجود هذه الوقائع فى كل حالات السلطة المقيدة والتقديرية على حد سواء وهكذا كانت فكرة السبب الواقعى أو رقابة الوقائع التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسى مصدرا لقيد حرية الادارة ولم يصبح هناك الا نطاق ضيق لا يستطيع المجلس فرض رقابته على هذه الوقائع والتثبت من وجودها هو مجال عدم تسبيب الادارة لقراراتها فحيث لا يوجد عليها التزام التسبيب فلن يستطيع القاضى أن يتثبت من وجود هذه الوقائع التى بنت عليها الادارة قرارها ولكن مجلس الدولة الفرنسى والمصرى على حد سواء استخدم سلطته في نقل عبء الاثبات لاجبار الادارة على الافصاح عن أسبابها أو على حد قول مجلس الدولة المصرى «ان القرار الادارى سواء كان لازما تسبيبه كإجراء شكلى أو لم يكن هذا التسبب لازما يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقا وحقا فى الواقع والقانون[٢].

---

(١) محكمة القضاء الادارى ١/١٢/١٩٨٣ - الدعوى ٤٣٤٣ سنة ٣٧ ق ، وانظر حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ٢٣ ق - جلسة ٧/٥/١٩٨٣ .

(٢) المحكمة الادارية العليا جلسة ١٢/٧/١٩٥٨ ، وانظر فى سلطة القاضى الادارى فى الزام الادارة فى الافصاح عن اسباب قراراتها . اوبى ودراجو - المرجع السابق - ص ٢٣٢ .

المطلب الثانى

الرقابة على التكييف القانونى للوقائع

بعد أن يتحقق مجلس الدولة من صحة الواقعة من الناحية المادية ينزل عليها حكم القانون وفى ذلك يسلك أحد طريقين أو كلاهما فاما أن يتناول الواقعة بالتكييف لمعرفة مدى تطابقها مع القانون وأما أن يعالج القانون بالتفسير لمعرفة مدى انطباقه على الواقعة فإذا ثبت عدم صحة تكيف الواقعة فى الحالة الأولى وعدم تطابقها مع القانون فى الحالة الثانية كانت مشوبة بعيب يؤدى الى الغاء القرار[1].

انه من المعتاد بالنسبة للمشرع فى القانون الادارى أن يعطى أغلب الحالات تعريفا أو تحديدا جزئيا للوقائع التى يعنى وجودها أو احتمال وجودها بالنسبة لرجل الادارة المختص المقدرة على التصرف أو اللالتزام بالتصرف ويبقى على رجل الادارة أن يأخذ على عاتقه معرفة معنى الوقائع موضع البحث وبمعنى آخر تكييف هذه الوقائع تكييفاً قانونيا فمن النادر بصورة عامة أن تكون قاعدة القانون قاعدة فردية فهى من خصائصها أن تكون عامة مجردة وصفه العمومية هذه تتمثل فى قاعدة القانون عندما تحكم عددا أكبر من المراكز أو الحالات مرتفعة بها عن التخصيص الى التعميم بأن نستخلص من هذه الحالات بعض صفاتها المميزة المشتركة لتعطى لنفسها بالنتيجة امكانية التطبيق على جميع الحالات وعلى ذلك فان عملية تكييف القانونى تقتضى اعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الادارة اسما أو عنوانا يحدد موضعها داخل نطاق قاعدة القانون التى يراد

---

(١) د/ السيد محمد ابراهيم : رسالته سالفة البيان ص ٢٩ .

تطبيقها أو تدخلها ضمن الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار اليها فى قاعدة القانون وبعبارة أخرى فان عملية التكييف القانونى تعنى ارجاع حالة من الواقع الى اطار فكرة قانونية[١] .

والرقابة على تكييف القانونى للوقائع لا تثير صعوبة فى الحالات التى تكون فيها هذه الوقائع شرطا فرضه القانون لتدخل الادارة ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Denay[٢] التى كانت فاتحة قضائية فى هذا الشأن حيث تعرض المجلس لمراقبة تكييف الادارة للاصابة التى لحقت أحد الجنود فى العمليات الحربية وانها تستحق تعويضا من الدرجة الثانية بينما نازع الجندى فى ذلك مدعيا أن اصابته تتوافر فيها الشروط اللازمة لمنحه تعويضا من الدرجة الأولى وقد أقره المجلس فى طلبه وقد ذهب جيز فى تعليقه على هذا الحكم إلى المطالبة بتعميم تطبيق هذا القضاء على سائر حالات الرقابة . واذا كان تبرير الرقابة فى حالة السلطة المقيده على تكييف الادارة للوقائع يجد سنده فى اشتراط القانون أو تحديده لهذا السبب الواقعى بوصف معين يجب التثبت من وجوده الا أن تبرير الرقابة على التكييف القانونى لهذه الوقائع فى حالة كون القواعد القانونية على جانب كبير من التجريد والعمومية أو فى حالة اذا لم تكن قواعد القانون قد حددت أى شرط أو ظروف يمكن للادارة على ضوئها أوعلى أساس منها استعمال سلطتها الممنوحة لها قانونا فان الأمر يستحق التساؤل عن أساس هذه الرقابة فالظاهر مما سبق أنه فى حالة تخلف التحديد أو الوصف القانونى للشروط والظروف التى تتصرف الادارة على

---

(١) فنيسيا : المرجع السابق - ص ٢٠ .

(٢) مجلس الدولة فى ١٣ مايو ١٩١٠ - مجلة القانون العام ١٩١١ ص ٢٨١ وتعليق جيز .

ضوئها أو لها سلطة تقديرية فى تحديد معنى هذه الشروط إلا أن القضاء تدخل فى هذه المسألة وبسط رقابته على تكييف الادارة فى هذه الحالات وفرض بذلك مفهومه هو بما يمكن أن تكون عليه الوقائع التى لم يشترطها القانون وفرض بذلك تكيفه هو وكان ذلك بعد أن حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية Gomel وتتلخص وقائعها فى أن المادة ١١٨ من القانون الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩١١ خولت المحافظ أن يرفض منح الترخيص بالبناء اذا كان مشروع البناء المقترح سيترتب عليه تشويه مجال أحد المناظر أو المواقع الأثرية وعلى هذا الأساس رفض محافظ باريس الترخيص لأحد المواطنين بالبناء فى أحد الميادين فطعن المواطن فى هذا القرار أمام مجلس الدولة وتصدى المجلس لبحث مدى توافر الطابع الأثرى فى هذا الميدان فالنزاع فى هذه القضية لم يكن يدور حول واقعة معينة وانما كان يدور حول صحة تكييف الادارة للوقائع[1] ويظهر من هذا الحكم ان المشرع لم يعرف أو يشير أو لم يكن لديه تحديد مسبق لما يعد أثريا أم لا بما يتيح المجال للادارة أن تمارس سلطة تقديرية فى هذا الشأن إلا أن القضاء يفرض رقابته على هذا النطاق أصبحت سلطة الادارة مقيدة وليست تقديرية ومن أهم صور تكييف الوقائع تلك التى تتعلق بالقرارات الصادرة بالعقوبة التأديبية فهذه العقوبة انما تتناول الموظف الذى يرتكب خطأ تأديبيا ولكن المشرع لا يستطيع أن يعنى على وجه التحديد كل ما يمكن اعتباره من قبيل الخطأ التأديبى ويجب على من هو مختص باصدار القرار بالعقوبة التأديبية أن يقوم بعمل تكييف بالنسبة لكل واقعة تنسب الى الموظف لكى يقرر بالتبعية ما اذا كانت الواقعة تتصف بصفة الخطأ التأديبى المنصوص

(١) مجموعة الاحكام للقضاء الادارى ص ١١٥ ، ص ١٢٠ وكان هذا الحكم فى ٤ ابريل سنة ١٩١٤.

عليه قانونا أم لا وقد كانت عملية تكييف الوقائع هذه تعتبر ردحا من الزمن فقها وقضاء منظورا اليها على انها مسألة وقائع لا مسألة قانون ولم يكن من الجائز اخضاعها بهذه المناسبة لرقابة قاضي تجاوز السلطة وذلك لانها كانت تعد مجرد تقييم للمواقف وكانت تترك للسلطة التقديرية للادارة العامة حتى صدور حكم Gomel سالف البيان وأصبحت رقابة تكييف الوقائع ينظر اليها الان على انها عمل قانوني أو مسألة من مسائل القانون[١] وعليه فيبحث مجلس الدولة الفرنسي عما اذا كان مفتش التأمين يعتبر موظفا أو ممثلا تجاريا في معنى القانون وكذلك يبحث مجلس الدولة التكييف القانوني لعملية نقل الشخص لمحل تجاري من بلد إلى آخر وهل يعد نقلا أم انشاء لتجارة[٢] كما حكم بأن واقعة القاء كلمة رثاء من قبل أحد القضاء في جنازة شخص كان محبوسا لاتهامه في جريمة الاعتداء على السيادة الفرنسية دون أن تكون هناك مناسبة خاصة تدعوه الى ذلك العمل بأن هذه الواقعة تعتبر خطأ تأديبيا خرجت بالقاضي عن التحفظ الذي يجب أن يراعيه شاغلوا الوظائف القضائية[٣] ومن ذلك ما ذهب اليه أيضا مجلس الدولة المصري من أن قيام أحد المأذين بالزواج العرفي ليس فيه مخالفة للقوانين واللوائح وليس فيه مخالفة لأحكام الشرع أو النظام العام كما لا يعتبر ذلك اخلالا بواجبات وظيفته يبرر توقيع جزاء تأديبي عليه[٤] كما ان تكوين بعض العاملين لشركة القيام بكافة الاعمال اللازمة لانتاج وتوزيع الافلام السينمائية والتليفزيونية بجميع انواعها لا تستقيم شركة مدنية وانما لها من طبيعة شأنها وعموم اغراضها ما يدخل في عداد

---

(١) د/ عصام البرزنجي : ص ٣٥٧ .

(٢) مجلس الدولة في ١٩٥٤/٧/١٠ - مجلة القانون العام ١٩٤٤ ص ١١٥٩ .

(٣) مجلة القانون العام ١٩٥٤ ص ٤٠٥ .

(٤) المحكمة الادارية العليا ١٩٥٧/١/٢ طعن ١١٣٤ لسنة (٢) .

الاعمال التجارية بطبيعتها واذ حظر القانون ٥٨ لسنه ١٩٧١ على العاملين بالدولة ممارسة الاعمال التجارية فان انشاء وادارة هذه الشركات تدخل فى عداد الحظر[١] وذهبت المحكمة الادارية العيا الى أنه لا يجوز للمحافظ أن يصدر قرار الاستيلاء المؤقت الا فى الحالات الطارئة وفقا للقانون أي تلك التى يكون فى الوسع توقعها وعليه فان احتياج منطقة التأمين والمعاشات بمحافظة المنيا لمقر مناسب لمباشرة نشاطها فى دائرة المحافظة لا يمكن وصفه بأنه من الحالات الطارئة أو المستعجلة[٢] وانتهت المحكمة الادارية العليا حديثا الي أن الادارة اذا ذكرت اسبابا لقرارها فيجب أن تكون خاضعة لرقابة القضاء للتحقق من مطابقته أو عدم مطابقته للقانون وهى الرقابة التى تجد حدها الطبيعى فى التحقق مما اذا كانت النتيجة مستخلصه استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونيا فاذا كانت مستخلصة من غير أصول موجوده أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها أو كان تكييف الوقائع بفرض وجودها لا ينتج النتيجة التى يتطلبها القانون كان القرار فاقدا لركن السبب[٣] وهكذا استمر مجلس الدولة المصرى فى اتباع ذات القواعد التى ابتدعها فى خصوص حدود رقابته على ركن السبب وذلك منذ انشاءه . وبالرغم من اطراد مجلس الدولة فى مصر وفرنسا على بسط رقابته على التكييف القانونى للوقائع فان كلا المجلسين يمتنع عن بسط رقابته فى بعض الأحيان على التكييف حيث يرفضان فى أحيان كثيرة الذهاب إلى أبعد من الرقابة على صحة الوجود المادى للوقائع وهذا الامتناع يؤدى إلى زيادة السلطة التقديرية للادارة فى هذا الخصوص وتعود هذه القرارت التى يمتنع مجلس الدولة عن

(١) المحكمة الادارية العليا قضية ٢٢١ لسنة ٢٤ فى ١٩٨٢/٦/٢٤ .
(٢) حكمها فى الطعن ١١٣٠ لسنة ٢٦ - جلسة ١٩٨٣/٤/٢ .
(٣) حكمها فى الطعن رم ٢٤٧ لسنة ٢٣ - جلسة ١٩٨٣/٥/٧ .

رقابة تكييف وقائعها الى نوعين رئيسين هما قرارات الضبط والقرارات التى تحتاج الى تقدير فنى أو تكون وقائعها ذات طابع فنى معقد ومن أمثلة النوع الأول القرارات الخاصة بمنع الاجانب من دخول الاراضى المصرية أو طرد الأجانب من فرنسا[١] ومن أمثلة النوع الثانى من أحكام المجلس التدخل فى تقدير مسرحية من الناحية الأدبية من حيث صلاحيتها أو عدم صلاحيتها للعرض[٢] وينتهج مجلس الدولة المصرى ذات المنهج فى استبعاد الرقابة على التكييف القانونى للوقائع فى حالات الضبط الخاصة بالأجانب وفى الحالات التى تتطلب خبرة فنية أو علمية كتقييم البحوث المقدمة للجان فحص الانتاج العلمى[٣] ويرجع أحجام الرقابة القضائية على هذين النوعين من القرارات تقدير مجلس الدولة أن المصلحة العليا للدولة تقتضى أن يترك للادارة سلطة تقدير واسعة ومن ناحية أخرى فان الادارة بما لديها من أجهزة فنية وعلمية أقدر منه على إجراء التكييف السليم للوقائع ويمكن استخلاص نتيجة عامة من هذا العرض أنه فى حالة تخلف رقابة القاضى على التكيف القانونى للوقائع فلا ريب أن ذلك يتيح للادارة حجما أكبر من التقدير ذلك أنه سيترك لها حرية اختيار السبب بالاضافة الى ماهى متمتعه به فى الاصل من حرية اختيار الأثر الملائم للسبب ويتضح من تراوح الرقابة بين الضيق والاتساع أن ما يسمح به القضاء للسلطة من تقدير فى خصوص السبب أو تكيفه هو من نتاج التغيير الذاتى فى مسلك القضاء نفسه فهو الذى يمتنع عن مباشرة رقابته فى حالات معينة ويتدخل برقابته فى حالات أخرى .

---

(١) قضية ماركو - مجموعة احكام المجلس ١٩٥٢ ص ٥٢٤ - منشور فى مجلة القانون العام ١٩٥٢ ص ٥٢٤ .

(٢) حكم المجلس - منشور فى مجلة القانون العام ١٩٥٤ ص ١٠٧ - تعليق لفالين .

(٣) الادارية العليا - الطعن رقم ٨١٠ سنة ١٣ - جلسة ١٩٧٣/١٢/٩ ، ٢٦٦ لسنة ٧ - جلسة ١٩٧٤/١٢/١٥ .

المطلب الثالث

الرقابة على تقدير أهمية الوقائع

(الرقابة على الملائمة)

ان القاعدة العامة بالنسبة للرقابة القضائية على أعمال الادارة بمناسبة دعوى الالغاء هى أن تقف هذه الرقابة عند حد الرقابة على التكييف القانونى للوقائع والقاضى ليس له أن يراقب تقدير الادارة لخطورة وأهمية الأسباب وفيما اذا كانت الوقائع على جانب من الخطورة تكفى لتبرير الاجراء المتخذ بحقها أو فى مواجهتها ذلك لأن هذه الرقابة منه سوف تخرجه عن مهنته كقاضى الى الموقف الذى يجعل منه سلطة ادارية عامة[1]. ولقد تطورت فكرة الملائمة تطورا كبيرا فقد كانت تعنى أساسا السلطة المطلقة للادارة فى تقدير الوقائع غير أن القاضى الادارى كلما تقدم فى التدخل فى رقابته بالنسبة للاسباب الواقعية ضيق من مجال الملائمة الواسع فاذا كان الوجود المادى للوقائع وتكيفها فى القرن التاسع عشر يخرج عن مجال الرقابة القضائية فان الأمر لم يعد كذلك فيما بعد . لذلك وجدنا من الفقهاء من يجعل البحث فى الاسباب وتقديرها فى وجه من الوجوه بحثا فى الشرعية لا بحثا فى الملائمة[2] كما أن الكتاب قد ذهبوا إلى امكانية فرض الرقابة القضائية على ملائمة القرارات الادارية من حيث أن الخطأ فى الوقائع يمكن أن يكون أساسا لدعوى الالغاء لتجاوز السلطة وأن ذلك يجعل من القاضى قاضى ملائمة بالاضافة الى كونه قاضى

---

(١) د/ البرزنجى : المرجع السابق – ص ٤١٩ .

(٢) دوجى : مطولة فى القانون الدستورى جـ١ ص ٣٩٠ .

الشرعية[١] لكن الاكثرية من الكتاب لم يذهبوا الى توقيع الرقابة القضائية على الملائمة والواقع أن تحليل كل من الشرعية والملائمة يتضح منه أن هاتين الفكرتين ليستا على خط واحد ولذلك فلا يمكن أن تكونا متناقضتين وذلك بوصفنا هذا الاجراء أو ذاك بصفة الشرعية فاننا نعطيه بهذا الوصف قيمة قانونية أى أننا نقدر قيمته بالنسبة لتنظيم ملائم وسابق ويثبت بنصوص لا تختلف باختلاف الزمان والمكان أما عندما نصف أحد الاجراءات بأنه ملائم فانما نقدر قيمته بالنسبة لقواعد تتحدد أو تتأثر مضامينها بتقديرات شخصية متغيرة تمتنع عن التحديد وليست ملزمة . إن شرعية الاجراء هي قيمته القانونية بالنسبة لقواعد ملزمة أما ملائمة هذا الاجراء فهى موافقته وما يتمتع به من قيمة معينة بالنسبة لبعض القواعد التى يتصل مضامينها بتقديرات شخصية وهكذا فان شرعية وملائمة اجراء معين لا تتعلقان بفكرتين متناقضتين فالصفة المناقضة للشرعية هى عدم الشرعية والصفة المناقضة للملائمة هى عدم الملائمة لذلك فان اجراء اداريا يمكن أن يوصف فى وقت واحد بالشرعية وعدم الملائمة كما أن التشريع نفسه يمكن أن يكون غير ملائم مع انه شرعى وملزم بدون أدنى شك[٢].

ولقد ذهب الفقه التقليدى الى اعتبار ان عملية تقدير الوقائع من الناحية المادية وكذلك تكييفها القانونى من قبيل الملائمة المتروكة للادارة[٣]. إلا أن النظرة التحليلية لرقابة تكييف الوقائع يجعل من اليسير القول انها لا تدخل من قريب أو بعيد فى مسألة الملاءمة فمثلا اذا تدخل

(١) جيز : مقالته فى مجلة القانون العام سنة ١٩١١ ص ٢٨٦ - عن الخطأ فى الوقائع كأساس للطعن لتجاوز السلطة .

(٢) دوبيسون : رسالته سالفة البيان ص ٣٣٥ ، ص ٣٣٧ .

(٣) أوبى ودراجو : المرجع السابق - ص ٣٩ .

القاضى فى تكييف الموقع بأنه أثرى أو غير أثرى فلا يعتبر ذلك تدخلا فى ملائمة تقدير الادارة لذلك الموقع فما يقوم به القاضى هنا هو محاولة ايجاد التوافق بين حقيقة تعريف المنظر الاثرى والمنظر المزعوم بأنه أثرى وهذه عملية تتضمن بلا شك من معنى التقدير الشخصى الشئ الكثير غير أن ما يحدد الملائمة هنا ليس هو العنصر الشخصى أو التقدير الشخصى فالمشرع حسم مسألة الملائمة فى تقريره بأنه من الملائم حماية المناظر الاثرية ومظهر التقديرية الذى يلبى هذا الأمر سواء بالنسبة للادارة أو القاضى ليس فى حقيقته سوى مجرد صعوبة التعرف على ماهية المنظر الاثرى وعليه فان تقديرات القاضى فى هذا الموضوع لا تعد رقابة على الملائمة لانها لاتتضمن حكما على الاساليب التى اتبعتها الادارة فى حماية ما زعمت انه منظر أثرى وعليه يمكن القول بأن هناك نوعين من التكييف :

(١) تكييف قانونى للسبب هل أن العمل المرتكب يشكل خطأ تأديبياً؟

(٢) وتكييف قانونى لخطورة السبب هل الخطأ المرتكب يبرر الجزاء المتخذ بحقه ؟ والتكييف الصحيح هنا هو التكيف الأول لانه يعطى عملا أو واقعة ما وصفا قانونيا أما التكييف القانونى لخطورة السبب فهو يدخل على هذه العملية عنصرا جديدا وهو محل القرار وعليه فان القاضى يقدر الملائمة حين يبحث فى التناسب بين خطورة وأهمية الوقائع الثابته والاجراء المتخذ على أساس منها(١).

---

(١) أوبى ودراجو : المرجع السابق - جـ٣ ص ٨٠ ، ود/ عصام البرزنجى - رسالته سالفة البيان ص١٧١.

وإذا كانت القاعدة العامة هى عدم تدخل القاضى فى رقابة التناسب بين المحل والسبب أو تقدير ملاءمة إصدار القرار ولكن مجلس الدولة الفرنسى مارس رقابة الملائمة على قرارات الضبط التى تمس الحريات العامة وحرية التجارة والصناعة والقرارات المقيدة للحريات والحقوق العامة وبصفة خاصة الاجراءات الصادرة عن سلطات البوليس المحلية فاذا كان من حق العمدة اتخاذ الاجراءات الكفيلة بحفظ الأمن والنظام فان شرط مشروعية هذه الاجراءات أن تكون ضرورية لكفالة النظام العام وهذا الشرط القانونى لشرعية اجراءات البوليس من خلق مجلس الدولة الفرنسى وهكذا أصبح القضاء الادارى يتحقق فى مدى ضرورة اجراءات البوليس ومن باب أولى ملاءمته للظروف والاسباب التى أدت الى اتخاذه فلا يكتفى القاضى الادارى بالتأكد من وجود الاضطرابات المزعومة أو الخطر على الأمن بل يبحث مدى ملائمة القرار الصادر لمواجهة الظروف التى دعت الى اصداره[1].

وهذا ما ذهب بأحد الفقهاء الى أن رقابة الملائمة هنا تصبح عنصرا من عناصر رقابة الشرعية وانه يجب على السلطات القضائية الحامية للحريات أن تتحقق بناء على مبدأ المشروعية من هذه الضرورة والملائمة وما يترتب عليه الغاء سلطة الادارة التقديرية فى هذه الحالة[2] ومن أهم القضايا التى تعرض لها مجلس الدولة الفرنسى فى خصوص رقابة الملاءمة القضية المشهورة باسم Conel حيث فوض رئيس الجمهورية فى اتخاذ كافة

---

(١) انظر احكام مجلس الدولة الفرنسى فى حرية التجارة - حكم فى مجلة القانون العام ١٩٥٤ ص ٢٠٦ - وبخصوص حرية الصحافة مجلة القانون العام ١٩٥٢ ص ٥٥٣ .

(٢) مؤلف فالين فى حدود رقابة القاضى الادارى على اعمال الادارة ص ٢٧ - وانظر فكرة السبب ورقابتها فى اقصى صورها .

التدابير التشريعية والتنظيمية لتنفيذ الاعلان الحكومي الصادر في ١٩٦٢/٣/١٩ وذلك بمناسبة أحداث الجزائر واستنادا الى هذا التفويض التشريعي أصدر رئيس الجمهورية أمرا بانشاء محكمة خاصة لمحاكمة مرتكبي الجرائم المرتبطة باحداث الجزائر ولكن النصوص الخاصة بتنظيم اجراءات المحاكمة أمام هذه المحكمة تضمنت انتقاصا للحقوق والضمانات الأساسية للدفاع والواضح أن لرئيس الجمهورية سلطة تقديرية واسعة في تحديد فحوى الأوامر والقرارات التي يصدرها استنادا الى التفويض التشريعي سالف الذكر وليس للقضاء الاداري أن يراقب مدى ملاءمة فحوى الأوامر والقرارات التي يصدرها استنادا الى التفويض التشريعي سالف البيان ومن باب أولى ليس للقضاء الاداري أن يراقب مدى ملاءمة فحوى هذه القرارات للوقائع أو الاسباب التي تستند اليها وتقتصر مسئولية رئيس الجمهورية في هذا الشأن على مسئوليته السياسية أمام البرلمان ولكن مجلس الدولة الفرنسي أخضع لرقابته ملائمة الأوامر والقرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية استنادا الى هذا التفويض التشريعي وأقر مجلس الدولة في هذه الدعوى بهيئة جمعية عمومية للقسم القضائي عدة مبادئ في غاية الأهمية يهمنا منها انه اذا كان لرئيس الجمهورية سلطة انشاء محكمة خاصة لمحاكمة مرتكبي الجرائم المرتبطة بأحداث الجزائر الا أن تنظيم هذه المحكمة لا يجوز أن يتضمن نصوصا تنتقص من حقوق وضمانات الدفاع الأساسية إلا إذا كان ذلك لا غنى عنه لتحقيق تنفيذ الاعلان وينتهي المجلس من البحث الى أنه يتضح من التحقق أن الأمر الصادر عن رئيس الجمهورية فيما تضمنه من انتقاص خطير لحقوق الدفاع الأساسية لم يكن ضروريا لتطبيق الاعلان الحكومي الصادر في ١٩٦٢/٣/١٩ وتضمن

الحكم الغاء أمر رئيس الجمهورية بتشكيل المحكمة العسكرية العليا بناء على طلب المحكوم عليهم بالاعدام[١].

وأما عن مجلس الدولة المصرى فانه ابتدع من رقابة الملاءمة هذه فكرة الغلو فى مجال التأديب فقد ذهبت المحكمة الادارية العليا على أن مناط مشروعية السلطة التقديرية للسلطات التأديبية الا يشوب استعمالها غلو ومن صور هذا الغلو عدم الملائمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الادارى وبين الجزاء ومقداره ففى هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملائمة الظاهرة مع الهدف الذى ابتغاه القانون من التأديب والهدف الذى توخاه القانون من التأديب هو بوجه عام تأمين انتظام المرافق العامة ولا يتأتى هذا التأمين اذا انطوى الجزاء على مفارقة صارخه فركوب متن الشطط فى القسوة يؤدى الى احجام عمال المرافق العامة عن حمل المسئولية خشية التعرض لهذه القسوة الشديدة والافراط المسرف فى الشفقة يؤدى إلى استهانتهم بأداء واجباتهم طمعا فى هذه الشفقة المفرطة واللين وعليه يخضع القرار لرقابة المحكمة لخروجه من نطاق المشروعية الى نطاق عدم المشروعية ومعيار عدم المشروعية ليس معيارا شخصيا وانما معيار موضوعى قوامه أن درجة خطورة الذنب الادارى لا تتناسب البته مع نوع الجزاء ومقداره وغنى عن البيان أن بين الحد الفاصل فى نطاق عدم المشروعية ونطاق المشروعية فى الصورة المذكورة مما يخضع أيضا لرقابة هذه المحكمة[٢].

واطرد قضاء المحكمة الادارية العليا على الرقابة على ملاءمة

---

(١) مجلس الدولة فى ١٩ اكتوبر ١٩٦٢ - مجموعة أحكام المجلس ص ٥٥٢ ، وانظر مجال الملاءمة فى القانون الادارى - الدور السياسى للقاضى الادارى الفرنسى دانيال ١٩٧٢ ص ٨٩ .

(٢) الادارية العليا فى ١٩٦١/١١/١١ - قضية ٥٦٣ لسنة ٧ - مجموعة السنة السابعة ص٢٧.

الجزاءات التأديبية حيث تذهب الى ان خصم شهر من مرتب العامل غير مشروع وأن الجزاء الحق لمثله هو الفصل من الخدمة[١] كما أن جزاء الفصل من الخدمة الذى وقعته الجمعية المدعى عليها على المدعى بعيدا عن التلازم مع الذنب الذى ارتكبه ويشوبه الغلو على نحو يخرجه عن نطاق المشروعية الى نطاق عدم المشروعية ذلك أن الظروف والملابسات سواء المتعلقة به أم بالحادث لا تستدعى أخذه بالشده المتناهية ومجازاته بأقصى الجزاءات التأديبية حيث لم يقم دليل على أن المدعى قد تعمد ارتكابه الذنب الذى نسب إليه وانما ارتكبه نتيجة عدم خبرته ودرايته بهذا العمل[٢] والواضح من قضاء الغلو هنا أنه تضمن رقابة من المحكمة على السبب فى صورته القصوى وهو مدى التناسب بين المحل والسبب[٣].

ومن أحدث أحكام محكمة القضاء الادارى فى نطاق الملاءمة ما ذهبت اليه أنه فى بعض الحالات تختلط مناسبة عمل الادارة بمشروعيته ويلزم لكى يكون مشروعا أن يكون مناسبا وهو ما تنبسط عليه رقابة القضاء ومن ذلك أن القضاء الادارى اعترف بسلطة الادارة فى الامتناع عن تنفيذ حكم قضائى اذا كان فى تنفيذه سيحدث اضطرابا فى الأمن وأنه فى خصوص الدعوى فانه وان كانت اغراض القرار هى حماية مال الدولة والحرص عليه ومنع الغاصبين من الاستحواذ عليه دون سند قانونى وتلك غاية فيها مصلحة عامة ولا ريب إلا أنه فى الجانب الآخر فان القرارين فى

---

(١) قضية ٤٣ لسنة ١٥ - جلسة ١٩٧/١/١٩ .

(٢) الادارية العليا - فى قضية ١٠ لسنة٩ - جلسة ١٩٧٥/٣/٢٢ .

(٣) انظر الخلاف حول قضاء الغلو فى عيب الانحراف أو عيب السبب . د/ الطماوى - نظرية التعسف فى استعمال السلطة ص ٤٣٣ ، ود/ محمد حسين عبدالعال - رسالته سالفة البيان ص ١٨ ، ود/ عصام البرزنجى - رسالة سالفة البيان ص ٤٤١ .

استهدافهما تحقيق ذلك الوجه من المصلحة العامة يكونا قد ضحيا بوجه مصلحة عامة آخر تتمثل فى عدم تشريد عدد بالغ كبير من المواطنين بينهم المدعين بأسرهم ومنقولاتهم ومتعلقاتهم ووجه تلك المصلحة العامة الا يجد هذا العدد الكبير من المواطنين نفسه من جراء التنفيذ وقد فقد مأواه وساق أسرته وحل متاعه الى غير مقر مع العلم بأنه يصعب تماما بل ومستحيل أن يدبر كل منهم ما يأويه وعليه وبتغليب المصلحة الأخيرة على المصلحة الأولى يكون القراران المطعون فيهما قد أصابها عيب فى الغاية وأن ما يقوم به القضاء وهو رقابة مناسبه القرارين المطعون فيهما اذا اختلطت مع شرعيتهما ويؤكد أن خلق القرارين مشكلة داهمة لمن تناولهم من المواطنين لا يصح أن يكون مقابلة مجرد حماية أرض الدولة دون أن توجد حاجة عاجلة اليها لغرض هام وانتهت المحكمة الى وقف تنفيذ القرارين المطعون فيهما[١].

ومن هنا نستطيع أن نتبين الى أى مدى يتدخل القضاء فى ملاءمة اصدار القرار الادارى تحت دعوى أن ملاءمة القرار تعتبر شرطا من شروط مشروعيته والواقع أن المحكمة وان ذكرت فى حكمها التناسب بين مصلحتين عامتين بما يدعو الى القول بوجود انحراف عن غيابه القرار الا انها أعملت التناسب والموائمة ببحث محل القرار الا وهو الازالة للمساكن وسببه وهو الاعتداء على اراضى الدولة وانتهت الى عدم ملاءمة هذه الازالة كاجراء اتخذ دون تدابير أخرى لتوفير مساكن لهؤلاء الافراد مع وجود اعتداء من جانبهم على اراضى الدولة أى أن هذا الاعتداء من

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ١٩٣٧ - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ ، والدعوى رقم ١٦٨٣ لسنة ١٩٣٨ - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ .

جانبهم لا يعتبر مبررا فى ظروف الدعوى لاخلائهم عن الأرض .

بعد هذا العرض لدور القضاء الادارى ولفكرة السبب فى نطاق القرار الادارى نستطيع أن نستخلص منه عدة نتائج مهمة تؤثر تأثير اكبر على دور القاضى الدستورى عندما نعرض له .

أولا : كان للقضاء الادارى فى ابتداعه للمبادئ العامة اثره فى ظهور رقابة الوقائع فى دعوى الالغاء وهى التى أسماها الفقه برقابة السبب ثم تتابعت الاحكام القضائية تذكر ركن السبب كركن من أركان القرار الادارى ويلاحظ هنا أنه نظرا للظروف المحيطة بنشأة القانون الادارى وتطوره على يد القضاء الادارى أن الفقه كان يتابع القضاء ولا يسبقه لذلك نراه فى كل مجال من مجالات هذا القانون المهمة يحاول تبرير اتجاهات القضاء دون أن يستطيع حصرها أو تأصيلها على أسس ثابته ولذلك فان القضاء لا يقف عند تأصيلات الفقه بل يمد رقابته الى مجالات تجاوز هذا التأصيل الفقهى النظرى[1] ويكفى هنا أن نشير تدليلا على ما سبق أمرين . **الأول** : أن نظرية السبب فى القانون المدني وهى الباعث الدافع للتعاقد أو للالتزام على خلاف فى الفقه[2] فانه بهذا المفهوم يعتبر نظيرا لركن الغاية فى القرار لا لركن الوقائع المبررة له فالسبب بهذا المعنى فى القانون المدنى ووجوب أن يكون مشروعا يساوى تماما الغاية من القرار الادارى التى يجب أن تكون تحقيق الصالح العام كما أن السبب فى القانون المدنى يجب الا

---

(١) د/ عصام البرزنجى : المرجع السابق - ص ٣١٥ .

(٢) انظر د/ جميل الشرقاوى - طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٢ ، وانظر د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام جـ١ - مصادر الالتزام سنة ١٩٦٨ ص ٢١٩ .

يخالف النظام العام والآداب[١] فتأسيس رقابة الوقائع على أنها رقابة على السبب في القرار الاداري لا يستقيم مع وجود فارق في الطبيعة بين السبب في القانون المدني والسبب بمعنى الوقائع في القانون الاداري ومن هنا كانت هذه محاولة لتأصيل رقابة القضاء الاداري على الوقائع تأصيلا مستمدا من الافكار الفقهية التقليدية كفكرة السبب مثلا .

والثاني : ان اعتبار السبب سواء كان من القانون أو الواقع الاساسي القانوني للقرار يقتضي منطقيا من القضاء فرض رقابة كاملة على أسباب القرار بدون تمييز بينهما بحيث لا يمكن أن نتصور مجال قيام سلطة تقديرية للادارة بشأنها الا أن الواقع الذي رأيناه أو رقابه مجلس الدولة المصري والفرنسي بالنسبة للوقائع متدرجة ومتفاوتة فهو يراقب غالبا الوجود المادي للأسباب وتكيفها القانوني إلا أنه نادرا ما يتجاوز ذلك الى تقدير قيمتها وخطورتها وقد يقف في حالات أخرى في رقابته عند مجرد الوجود المادي لها ولا يتجاوز ذلك الى تكيفها ولو كان السبب هو الأساس القانوني للقرار - لما جاز رقابة بعض حالات دون البعض وهذا ما دعى عديد من الفقهاء الى مهاجمة تأصيل الرقابة على الوقائع وربطها بفكرة السبب المدنية[٢] والمهم عندنا هنا أن الفقه قد حاول تأصيل النظرية وهي نظرية قضائية صرفة تتمتع بالمرونة والتطور التي تتمتع بها جميع قواعد القانون الاداري القضائي .

ثانيا : تطورت رقابة الوقائع في القضاء الاداري حتى بلغت ذروتها

---

(١) انظر رسالة د/ محمود أبوعاقبة سنة ١٩٤٨ - نظرية التصرف القانوني المجرد ص ٩٧ ، حيث ينتهي الى أن الفقه الفرنسي والمصري يرى ان السبب هو الغرض .

(٢) د/ عصام البرزنجي : المرجع السابق - ص ٣١٦ .

فى رقابة الملائمة وتطورت الملائمة من ثم بتطور رقابة القضاء فبعد أن كانت الملاءمة فى القرار تشمل الوجود المادي للوقائع وتكيفها ثم اصبحت الملائمة قاصرة على حالات التناسب بين محل القرار وسببه أو تقدير أهمية وخطورة السبب وحتى فى هذا المجال الاخير قد أمتدت اليه يد القضاء فبعد أن كانت المحكمة الادارية العليا تنتهى الى أن مناسبة اصدار القرار الادارى ليست شرطا من شروط صحته ولا ركنا من أركان انعقاده طالما ان القرار قائم على سبب صحيح ومبرر قانونا وانه متى تعلق الأمر بسلطة تقديرية يترك فيها القانون للجهة الادارية قدرا من الترخص تزن على مقتضاه ملائمة منح الترخيص أو منعه لم يجز للقضاء ان يترجم عنها احساسها واقتناعها تحقق أو عدم تحقق الاعتبارات الموضوعية التى تبنى عليها قرارها بل يقتصر دور القضاء الاداري على مراجعة صحة السبب الذى تدعيه الادارة[١] نجد آن مجلس الدولة فى خصوص قرارات الضبط الادارية يذهب الى انه وحيث تختلط مناسبة العمل الادارى بمشروعيته ومتى كانت هذه المشروعية تتوقف على حسن تقرير الامور خصوصا فيما يتعلق بالحريات العامة وجب ان يكون تدخل الادارة لأسباب جدية تبرره فالمناط والحال كذلك فى مشروعية القرار الذى تتخذه الادارة هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة[٢].

وهذا التبرير الجديد من جانب الفقه لقضاء المحكمة يؤكد محاولات الفقه فقط لتبرير قضاء المحكمة فالقضاء الادارى يمارس هذه الرقابة - رقابة الملائمة - تحت ستار التكييف وتقدير أهمية السبب واذا صرح

(١) المحكمة الادارية العليا ١٩٦٦/١١/١٩ - الطعن رقم ٦٢٠ لسنة ١٠ .

(٢) محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٦/١/٣ - مجموعة السنة ١٠ ص ١٢٨ ، وانظر حكم القضاء الادارى فى الدعوى ١٩٣٧ لسنة ٣٨ - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥ .

المجلس برقابة الملائمة في الحريات الفردية وجد من الفقه ترحيبا وتأصيلا لهذا القضاء تحت ستار ان الملائمة هنا هى شرط لمشروعية التصرف الا ان هذا القول يعتبر من قبيل الحيل أو المجازات القانونية فهذه الحالات تخرج عن الحدود العادية لرقابة المشروعية[1] كما ان التشريع لم يحدد فى موضوعات الضبط الاجراء المناسب فى كل حالة على حدة كما أنه لم يضع توجيها معينا يمكن الرجوع اليه لتحديد الاجراء الذى ينبغى اتخاذه لكى يمكن القول بأن الملائمة هنا اختلطت بشرعية القرار وأن الملاءمة كانت عنصرا فى شرعيته وان الرقابة على الملاءمة تجد أساسها لا فى المشروعية ولكن فى القاعدة القضائية التى وضعها القضاء نفسه فى هذا الشأن فالقضاء الادارى يحسبانه قضاء انشائيا لا مجرد قضاء تطبيقى قد وضع قاعدة قانونية أضافها إلى قواعد القانون الادارى من مقتضاها أنه يشترط فى الاجراء الضبطى أن يكون ضروريا ولازما ومتناسبا مع أهمية الوقائع التى تدعو الادارة الى اتخاذه[2].

ثالثا : ومن هنا نستطيع القول أن هذا العرض قد قدم لنا العديد من المواضيع التى تهمنا فى مجال رقابة دستورية القوانين والانحراف التشريعى ومنها عناصر التقدير والتقيد فى القرارات الادارية والعناصر التى لا يمد القضاء رقابته عليها وتلك التى تقع فى منطقة الملائمة وماهية الملائمة وعلى أى عناصر فى القرار تقع الملائمة وانه باكتمال عرض نظرية الانحراف بالسلطة وعلاقة السبب بالغاية فى القرار الادارى سيتضح أهمية عنصر الوقائع فى القرار هذا بالاضافة الى ما قدمناه من عرض لمبادئ

(١) فيدل : فكرة السلطة التقديرية - سنة ١٩٣٤ ص ٤٥ .

(٢) د/ عصام البرزنجى : المرجع السابق - ص ٤٣٩ .

القانون العامة وأثرها الكبير فى فرض مفاهيم وتفسيرات وتكيفات القاضى على القوانين ذاتها عند رقابة القرارات الادارية سيكون لها الاثر الكبير لتوضيح فكرة الانحراف بالتشريع .

وانبنا حين تعرضنا لفكرة الملاءمة فى القرار الادارى وجدنا أن هذه الفكرة تقع بالدرجة الأولى فى ركن السبب فى القرار وأنها فى بعض الاحيان تكون عند تكييف الوقائع فى القرار ولكن الغالب انها تكون عند الموازنة بين المحل والسبب فى القرار أى أنها فى كل الأحوال بعيدة من أهداف وغايات القرار وعلى هذا نتناول ذلك الركن الذى يقع فيه عيب الانحراف وهو ركن [illegible] الادارى ومدى الرقابة القضائية [illegible]

الفصل الثالث

الرقابة القضائية على الإنحراف بالسلطة

ركن الغرض فى القرار الادارى :

ان كل عمل ادارى انما يهدف الى تحقيق غاية معينة أو غرض معين فيكون نتيجته النهائية التى سعى اليها من باشر ذلك العمل الادارى والقرار الادارى كأى عمل ادارى ليس غاية فى ذاته بل وسيلة لتحقيق غرض معين هو المقصود من انشائه ووجوده وفى ذلك يقول أحد الفقهاء أن كل سلطة اجتماعية انما تجد وجودها الشرعى فيما تسعى اليه من تحقيق المصلحة العامة[1].

فركن الغرض (الغاية أو الباعث أو الهدف Le But) هو النتيجة النهائية التى يسعى رجل الادارة الى تحقيقها ذلك أن سلطان الادارة ليس بغاية فى ذاته ولكنه سبيل الى تحقيق المصلحة العامة ووسيلة لحماية الخير المشترك للجماعة وهنا تختفى السلطة التقديرية تماما فالقاعدة انه لا حرية فى تحديد الغرض[2].

ان المشرع هو الذى يتولى تحديد هذا الهدف الذى يجب ان تراعيه الادارة فى تصرفاتها وتنزل عند حكمه فى قراراتها فعندما يزود القانون الادارة باختصاص معين أو باختصاصات متعددة فانه يحدد صراحة أو ضمنا الغرض الذى من أجله خلق هذا الاختصاص وهذا هو المميز الجوهرى بين الاختصاصات فى القانون العام والحقوق فى القانون الخاص فالفرد فى

---

(١) أنظر : Waline le pouvoir discritionnaire R. D. P 1930 P 197 .

(٢) د/ الطماوى : التعسف فى استعمال السلطة - الطبعة الثالثة - ١٩٧٨ .

مجال القانون الخاص تحدد حقوقه تحديدا سلبيا بقيد خلاصته الا يمس النظام العام وألا يجافى حسن الاخلاق فيما عدا ذلك فهو حر طليق أما الاختصاصات فى القانون العام فهى محدده تحديدا ايجابيا يضيق ويتسع وفق رغبات المشرع وذلك راجع الى ان حقوق الافراد فى القانون الخاص ما تزال تصدر عن أصل انانى فالفرد يسعى الى تحقيق مصالحه الخاصة أولا ومصالح الجماعة عنده فى المقام الثانى أما رجل الادارة فهو مكلف أولا وأخيرا بتحقيق المصلحة العامة أو خير الجماعة هذا الغرض يتحدد وفقا لقاعدتين :

(أ) يخضع رجل الادارة أولا شأنه فى ذلك شأن سائر أفراد الادارة لقاعدة عامة هى ألا يهدف فى جميع اعماله إلا الى تحقيق المصلحة العامة فاذا خرج عن هذا المبدأ وسعى الى تحقيق نفع شخصى أو اتباع نزوه من نزواته فانه يفقد صفته كفرد من أفراد الادارة ويصبح عمله اعتداء ماديا لا يتمتع بأى صفة من صفات الاعمال الادارية .

(ب) ولكن قيد المصلحة العامة واسع وليس من مصلحة حسن الادارة ان تترك العضو حرا تمام الحرية فى داخل نطاق فكرة المنفعة المشتركة بل يجب أن تحدد له الأغراض العامة التى يجب عليه أن يحققها دون غيرها وهذا ما يفعله المشرع عادة فهو لا يكتفى بهذا القيد العام المستمد من فكرة المصلحة العامة بل أنه حتى يضع بين يدى عضو الادارة اختصاصا معينا فانه يحدد له الغرض المخصص الذى يجب عليه أن يسعى لاخراجه الى حيز الوجود دون غيره[1].

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق – ص. ٣

والعيب الذى يصيب القرار الادارى اذا لم يحقق غاياته كما سلف البيان هو الانحراف بالسلطة[١].

وان كنا سنرى فيما بعد ان التعريف الدقيق لهذا العيب انما يقع على غرض رجل الادارة ويجعله غير متجه لتحقيق الصالح العام .

---

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق – ص ٦٥ وما بعدها . ويذكر المؤلف أسبابا لتفضيل كلمة الانحراف عن غيرها من المصطلحات الفرنسية التى تحمل ذات المعنى .

المبحث الأول

تعريف عيب الانحراف وحالاته

من المعروف فى الفقه الفرنسى أن الفقية Aucoc هوأول من تعرض لفكرة الانحراف بالسلطة عندما ردس غايات النشاط الادارى ليبين فيما اذا كان للادارة ان تخرج عن اطار هذه الغايات وقد استخلص فكرة الانحراف بالسلطة حينما قال ان هناك انحرافا بسلطة الضبط الممنوحة للادارة عندما يتخذ رجل الادارة قرارا ضمن اختصاصاته تماما كما ويسلك بشأنه الاشكال المنصوص عليها قانونا ولكنه يستعمل سلطته التقديرية فى حالات ولاسباب غير تلك التى من أجلها منح هذه السلطة(١).

ومن تحليل عيب الانحراف نجد أنه يقوم على عنصرين . الأول : عنصر سلبى وخلاصته ان القرار الادارى المشوب بعيب الانحراف هو عمل ادارى قد سلمت جميع اركانه الأخرى ولا يعنى هذا ان عيب الانحراف لايمكن أن يقوم مع وجه أو أكثر من العيوب الاخرى بل من الناحية النظرية يمكن أن نتصور ان الادارة تخالف ركن الاختصاص أو المحل أو السبب رغبة منها فى الخروج عن الصالح العام كما ان مجلس الدولة سواء فى مصر أو فرنسا قد أضفيا على هذا العيب صفة احتياطية بحيث لا يبحث الا بعد الانتهاء من التأكد من صحة باقى أركان القرار ليس هذا فحسب بل أن تحديد معنى الصالح العام وهو عنصر الغرض فى القرار لا يمكن ان

---

(١) د/ عصام البرزنجى : المرجع السابق – ص بالهامش ، د/ الطماوى – المرجع السابق – ص ٦٨، وانظر تعريفات أخرى لكتاب وفقهاء عديدين ، د/ الطماوى – ص ٦٨ ، ٦٩ ، وانظر تعريف الانحراف ، جورج فيدل – المرجع السابق – ص ٢٠٢ ، وانظر فى تطور القضاء الادارى الفرنسى – تطور فكرة السلطة التقديرية – رسالة ١٩٧٣ Lodvic .

يتأتى بطريقة موضوعية وانما يثبت أو ينتفى فى القرار بنا على عناصر أو عوامل أخرى سنسردها فى حينها .

والعنصر الثانى ايجابي ومقتضاه ان ركن الغرض وحده فى ذلك القرار هو المعيب الا اننا لا نجد قواعد دقيقة تحدد لنا الاهداف التى يجب على الادارة أن تحققها اذا ما هى استعملت سلطاتها وهذا لا يعنى اطلاقا ان المشرع قد ترك للسلطات الادارية مطلق الحرية فى تحديد هذه الاغراض فالقاضى عليه ان يحاول الوصول الى تعرف الهدف المخصص الذى يتعين على عضو الادارة ان يحققه من بين أهداف المصلحة العامة ويمكن الاستعانة فى ذلك بعدة وسائل منها ذكر المشرع نفسه فى صدر النصوص التى تخلق اختصاصا معينا الهدف أو الاهداف التى يجب على العضو الذى سوف يباشر هذا الاختصاص مراعاتها أو من قصد المشرع ولو لم يعلن عنه حيث يستعين القاضى حينذاك بالاعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية والمناقشات التى دارت حول التشريع وقد تفرض طبيعة السلطة الممنوحة للادارة نوع الاهداف التي يجب عليها ان تسعى لتحقيقها والمثال التقليدى على ذلك ان سلطات البوليس بطبيعتها يجب أن يكون الغرض منها تحقيق أحد الاهداف الثلاثة الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة فاذا ما استعملت هذه السلطة للحصول على موارد اضافية للادارة مثلا فانها تكون مشوبة بعيب الانحراف ويتحتم على المجلس أن يلغى القرارات التى اتخذت بناء عليها الا أن قاعدة تخصيص الاهداف بدأ يضيق مجال تطبيقها وذلك نظرا الى تعدد واجبات الادارة بعد سيادة النظم الاشتراكية فى كثير من الدول واصبح من الصعب على المجلس أن يحدد بدقة الهدف المخصص مما دعاه الى رفض الغاء كثير من القرارات الادارية

التى تجانب قاعدة تخصيص الأهداف رغم وضوح عيب الانحراف مادام عضو الادارة كان يهدف بقراره الى تحقيق مصلحة عامة ونفع مشترك ويمكن تفسير هذا التحول فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى بانه ليس اضعافا لنظرية الانحراف بل ان هذا الاتجاه الحديث قد يفسر بأنه مجرد توسع من مجلس الدولة الفرنسى فى فكرة المصلحة العامة فبعد أن كان يحددها بقيدين أخذ يتساهل قليلا فى الحد الداخلى لها فالادارة كانت وستظل مقيدة بفكرة مصلحة الجماعة وخيرها المشترك[١].

ونحن نتفق مع ما انتهي اليه استاذنا د/ الطماوى الى أنه يبين من هذا التحليل أن عيب الانحراف هو عيب فى الاختيار فبدلا من ان تختار الهدف المحدد لاختصاصاتها وسلطاتها تسعى الى تحقيق غرض آخر سواء حسنت نيتها ام ساءت فعيب الانحراف لا يمكن التحدث عنه الا حين تتمتع الادارة بقسط من الحرية فى تقدير اعمالها وبمعنى آخر ان عيب الانحراف هو عيب ملازم لفكرة السطة التقديرية اما حيث تكون سلطة الادارة محددة واختصاصها مقيدا فان عيب الانحراف لا يمكن أن يثار وعليه فلو ان المشرع فرض على الادارة ازاء حالة معينة ان تتصرف تصرفا معينا فانها اذا ما اقتصرت على تنفيذ أوامر المشرع فان ركن الغرض يفترض فيه المشروعية وتقوم قرينة لا تقبل لاثبات العكس على ذلك فقد يحدث ان يصاحب تنفيذ أرادة المشرع تحقيق مصلحة خاصة للادارة ولكن هذا الاعتبار لا يمكن ان يكون مقصودا لذاته[٢] ويرجع ذلك الى أن المشرع حدد العناصر

---

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٧٥ ، وانظر : د/ عبدالقادر خليل - نظرية سحب القرارات الادارية - سنة ١٩٦٤ - ص ١٥٥ .

(٢) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٨١ .

التى اذا صحت فقد تحق الصالح العام بصرف النظر عن نية أو غاية الادارة.

ان فكرة الإنحراف بالسلطة كانت تختلط أول الأمر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى بفكرة عدم الاختصاص كما ان هذا الخلط بين الفكرتين وجد حدا فى الكتابات الأولى لبعض فقهاء القانون الادارى ومن ذلك ان أحد الفقهاء ذهب الى ان الانحراف بالسلطة هو حالة من حالات عدم المشروعية بمعنى الكلمة والتى يمكن ان تعيب القرار التقديرى على الرغم من أن الحرية الكاملة التى تتمتع بها الادارة والمستفاد من طبيعة هذه القرارات أن حالة عدم المشروعية هذه تتأتى حين يستهدف رجل الادارة غرضا ليس له الحق فى استهدافه أو يستهدف غرضا قد منع صراحة من استدافه وفى هذه الحالة الأخيرة فان الانحراف بالسلطة يكون حالة من عدم الاختصاص انه يتضمن بمعنى من معانيه تجاوزا فى التفويض الممنوح لرجل الادارة Un abus de mondate[١] وكانت دعوى الانحراف بالسلطة تقبل لدى مجلس الدولة بتوفر المصلحة للمدعى بصرف النظر عن المطلب الخاص بتوفر الحق قبل عام ١٨٧٠ على أساس من اعتبارها نوعا من الاختصاص القانونى أو تجاوزا فى التفويض وقد ظهرت فكرة الانحراف بالسلطة بمفهومها الخاص والمميز عن فكرة عدم الاختصاص اعتبارا من سنة ١٧٨٠ مع تحديد فكرة الغرض وذلك فى حكم مجلس الدولة فى قضية Bochardon[٢].

وبذلك تميز عيب الانحراف عن عيب الاختصاص حيث أصبح وجها

(١) Laferriere traite de la juridiction adminstrtive de recour contenteaux 1887 p 522 .

(٢) وفى هذه القضية حكم المجلس بالغاء قرار بلدى يحظر الوقوف داخل العربه على كل المركبات عدا تلك التى يملكها المقاول الذى تعاقدت معه البلدية .

جديدا من أوجه الالغاء يكون مبنى الطعن فيه عدم الشرعية الداخلية فى القرار وذلك عندما تستهدف الادارة من قرارها التقديرى غاية غير تلك الغاية المحددة قانونا لاصدارها هذا القرار وترجع فكرة التمييز بين عيب الاختصاص والانحراف فى طبيعة كل منهما ذلك اننا لو فحصنا عملا مشوبا بعيب الانحراف فحصا موضوعيا لوجدنا انه صحيح فى ذاته ولكن الذى يعيبه هو البواعث والأغراض غير المشروعة / التى يرمى اليها من قام به والمعروف أن قواعد الاختصاص تقدر تقديرا موضوعيا وعليه فاننا نجانب الدقة حين نقول ان عملا معينا يدخل فى اختصاص فرد معين وفقا للمعيار الموضوعى ويخرج من اختصاصه وفقا للمعيار الشخصى[١].

حالات عيب الانحراف :

تنقسم حالات عيب الانحراف الى مخالفة القرار لغرض الصالح العام بمعناه الواسع ومخالفة القرار لقاعدة تخصيص الاهداف .

أما من حالات مخالفة الصالح العام بصفة عامة فهى تكون اما باستعمال السلطة بقصد الانتقام الشخصى ومثال ذلك حالة أحد المحافظين الذى لم يكد يعين حتى سارع الى اصدار قرار بفصل أحد الموظفين ونفذ هذا القرار فى اليوم التالى لاصداره كل ذلك قبل ان يتسلم مهام منصبه[٢] استعمال السلطة بقصد تحقيق نفع شخصى والمثال الواضح على ذلك قرارا اتخذه العمده بتحريم حفلات الرقص فى الاماكن العامة طيلة أيام الاسبوع قبل الثامنة مساءا وقبل الظهر من يوم الأحد وهذا القرار من صميم

---

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق – ص ١٠٤ .

(٢) C-E 303 1939 Dame Bourrent

اختصاصات العمده واسسه على ان حفلات الرقص المستمرة قد صرفت الشباب من الجنسين عن العمل ولكن اتضح ان العمده صاحب محل عام فى قريته يقدم المشروبات الروحية والوجبات لرواده ومنافسة فى ذلك فرنسية أخرى كانت اعرف منه بما يجذب الافراد اذا استأجرت بيانو ميكانيكى حيث يتاح للقرويين فرص الرقص اثناء وجودهم بمحلها وانصرف الريفيون عن مطعم العمدة فلم يجد بدا من الالتجاء الى سلطته متذرعا بما ذكرناه من الاسباب وقد الغى المجلس القرار تأسيسا على ان العمدة كان مدفوعا فى اصداره باعتبارات لا يمت للمصلحة العامة بأوهى سبيل[١].

واستعمال السلطة لغرض سياسى ومثال ذلك الغاء المجلس القرار الصادر بايقاف مساعدة مدرسة خاصة بسبب ما لها من صفة مذهبية معينة[٢] والقرار الصادر بتسريح موظف متعاقد مع الادارة لاسباب سياسية[٣].

الاغراض التى تجانب مبدأتخصيص الأهداف :

استقر القضاء الفرنسى على انه اذا كانت سياسة التشريع تتجه غالبا الى عدم تحديد الغرض الذى من أجله تمنح الادارة سلطة ما فان هذا لا يعنى ان السلطة قد تمنح لغير ما غرض ذلك ان الغرض يستقر فى أساس كل قانون منشئ للسلطة وعلى القاضى أن يعين دائما هذا الغرض ولو لم يحدده المشرع[٤] وذلك لأن تحديد الغرض هو المسألة الأولية التى يبدأ منها

---

(١) هذا التمثيل عن د/ الطماوى - المرجع السابق - ص ١٢٦ .

(٢) C-E Juin 1950 oeuvre de saint necolas p 412 .

(٣) October 1966 recaux R. D. P. p 558 .

(٤) C-E 9 - 7 - 1944 p 182 .

عمل القاضى فى الرقابة ولا شك أن روح القانون والوثائق التى تصاحب طبيعة السلطة الممنوحة هى من الوسائل التى يمكن بها تحديد الغرض منه ومثال ذلك اخضع القانون الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ التصرفات الناقلة للملكية العقارية بين الأحياء لتصريح من المحافظ الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه ولم يحدد القانون الهدف المخصص لاخضاع هذه التصرفات للترخيص السابق أو شروط منح هذا الترخيص كما انه لا يمكن استنتاج هذا الغرض المخصص من المذكرة الايضاحية للقانون وحدث ان رفض أحد المحافظين بيع مزرعة لاحد رجال الصناعة الذين لم يسبق لهم الاشتغال بالزراعة وذلك على أساس ان الهدف المخصص للسلطة الممنوحة للمحافظين هو المحافظة على الأراضى الزراعية فى أيدى المزارعين وبالرغم من أن المشرع لم يحدد الهدف من السلطة الممنوحة للمحافظين كما ان المحافظ قد استهدف فعلا هدفا يدخل ضمن أهداف المصلحة العامة الا أن قرار المحافظ كان مصيره الالغاء امام مجلس الدولة لان المحافظ قد استهدف حسب تقدير المجلس هدفا يخالف الهدف المخصص للسلطة الممنوحة للمحافظين فى هذا الشأن على أن مجلس الدولة لم يفصح عن هذا الهدف المخصص الا فى حكم آخر فقرر ان الهدف من هذه السلطة هو منع المضاربات على هذه الأموال أو احتكارها وعلى هذا الأساس فان اى قرار يستهدف غرضا آخر غير الهدف الذى حدده مجلس الدولة مصيره الالغاء للانحراف بالسلطة[١] ومثال آخر نص المادة الاولى للقانن الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٤٠ بأنه يجوز اعفاء القضاة والموظفين والعاملين المدنيين بالدولة من مناصبهم على ان يصدر قرار الإعفاء بمرسوم بناء على تقرير من

---

(١) C-E 9 - 7 - 1949 res p 170.

الوزير المختص ودون حاجة الى أى اجراءات أخرى ومن الواضح ان هذا القانون قد منح الادارة سلطة تكاد ان تكون مطلقة فلم يحدد الاسباب التى يجوز من أجلها اعفاء الموظفين من مناصبهم أو الاهداف التى على الادارة أن تستهدفها فى ممارسة هذه السلطة ومن الواضح أيضا ان الطعن بالانحراف بالسلطة فى هذه الحالة ممكن من الناحية النظرية اذا تمكن الطاعن من اثبات ان الادارة قد انحرفت عن المصلحة العامة بدافع الانتقام أو الحقد الشخصى وهوأمر عسير الإثبات فى الحياة العملية ولكن مجلس الدولة الفرنسى ذهب مذهبا آخر بأن حدد لممارسة هذه السلطة هدفا محددا وهو استبعاد العناصر التى يتضح من تصرفها العام ان بقائها فى الوظيفة يتعارض مع مقتضيات الصالح العام وعلى هذا الأساس الغى المجلس قرارات الاعفاء من الوظيفة التى تهدف الى تجديد شباب الادارة ولو أن هذا الهدف يدخل ضمن أهداف المصلحة العامة إلا أنه ليس بالهدف المخصص لهذه السلطة وفق تقدير المجلس[١] وقضى المجلس أن قرار الادارة يعتبر متسما بعيب الانحراف بالسلطة اذا كان يقرر رفض منح ترخيص بالهدم لبعض أصحاب العقارات تطبيقا لقانون صيانة وتحسين المساكن حتى ولو كان رفضه هذا راجعا الى نية الاستيلاء على تلك العقارات ونزع ملكيتها لإنشاء بعض المرافق البلدية الضرورية عليها وقضى[٢] بإلغاء القرارات الصادرة من الادارة العامة والتى تتضمن مخالفة الخطة العامة للاسكان والمطبقة فى نطاق المنطقة حتى ولو كان القرار يحقق منفعة عامة أخرى مثل انشاء البلدية صالة اجتماعية

---

(١) 11 - 2 - 1944 Aurroy rec p 418 .

(٢) قضية سكرتير الدولة للاسكان ١٩٧٧/١/١٩ - مجموعة سيرى - باريس - ص ٦٥٣ .

للمناسبات فى المبنى المزمع انشاؤه[١].

ويذهب أحد الفقهاء الى أن القاضى بتحديده هذا الغرض قد أحل نفسه محل المشرع وبذلك قيد من نشاط الادارة بالرغم من سكوت القانون[٢] كما ان هنا يبرز دور القاضى الادارى فى تحديد الهدف المخصص للسلطة فى حالة صمت المشرع عن ذكر هذا الهدف وفى فرض التزاما على الادارة باتباع هذا الهدف المحدد الذى ينسبه الى نية المشرع فى حين أن هذا الهدف المخصص من خلق القضاء نفسه[٣] إلا أن من الفقهاء من يذهب الى أن عملية استخلاص الغرض من القانون هو جزء من عملية تفسير القانون إلا أن هذا القول مردود بأن تفسير القانون لا يمكن أن يكون الا عند غموض عباراته وفى مجال آخر غير مجال تحديد الاغراض ذلك أن من المقرر أنه اذالم يذكر المشرع غرضا مخصصا لاستعمال السلطة فان هذا يعتبر تفويضا منه للادارة فى استعمال سلطتها لتحقيق أى من الأغراض التى تراها ما دامت داخله فى اطار المصلحة العامة ولا يبقى للقضاء الا مراقبة الانحراف من هذه الزاوية اما ان يحدد القضاء غرضا معينا لم ينص عليه الشارع ويحاسب الادارة على عدم اتجاه سلطتها الى تحقيقه فهو اضافة منه الى القانون بتحديد شرط آخر يجب على الادارة اتباعه والا كان قرارها مخالف للقانون[٤]. وعلى كل ينتهى القضاء والفقه

---

(١) قضية وزير النقل وإصلاح الطرق ١٩٧٥/١/١٢ - مجموعة سيرى - باريس - سنة ١٩٧٥ - ص٢٠.

(٢) دويسون- La destinction entre la legalité et l'apportuntié dans les recours pour excces despouvoir these Paris 1958 p 80 .

(٣) د/ محمد اسماعيل علم الدين : المرجع السابق - ص ٣٣١ .

(٤) د/ السيد محمد ابراهيم : المرجع السابق - ص ٣٣١ .

الى ان تخلف الادارة عن تحقيق الهدف المخصص لها سواء من قبل المشرع او القاضى الادارى يعيب القرار بالانحراف وهو قول سنبحث مدى صحته فيما بعد .

مجلس الدولة المصرى وعيب الانحراف :

اختص المجلس منذ انشائه برقابة الانحراف بالسلطة وفقا للقوانين المنظمة لاختصاصه[(١)] واستقر القضاء الادارى منذ ذلك الحين على أن[(٢)] سوء استعمال السلطة نوع من سوء استعمال الحق والموظف يسئ استعمال سلطته كلما استعمل نصوص القانون ونفذها بقصد الخروج على أغراض القانون وأهدافه فهو استعمال للقانون بقصد الخروج عليه ولهذه الغاية يكون اساءة استعمال السلطة ضربا من تعمد مخالفة القانون مع التظاهر باحترامه فهى لا تخرج عن كونها مخالفة متعمدة لاهداف القانون بل وللقانون ذاته لتعذر التفرقة بين نصوص القانون وأهدافه .

الانحراف فى استعمال السلطة كعيب يلحق بالقرار الادارى ويتميز بطبيعته عن غيره من العيوب التى تلحق القرارات الادارية ولايكون فقط حين يصدر القرار لغايات شخصية ترمى الى الانتقام أو تحقيق نفع شخصى أو نحو ذلك بل يتحقق هذا العيب أيضا اذا صدر القرار مخالفا لروح القانون فالقانون فى كثير من اعمال الادارة لا يكتفى بتحقيق المصلحة العامة فى نطاقها الواسع بل يخصص هدفا معينا يجعله نطاقا لعمل ادارى

---

(١) انظر ملاحظات د/ الطماوى على صياغة هذه القوانين وفى خصوص التفرقة بين الموظفين وغيرهم من الافراد فى الاستفادة بالطعن بالانحراف - المرجع السابق - ص ٢٦٢ .

(٢) محكمة القضاء الادارى - الدعوى رقم ٦٥٠١ لسنة ٢ - جلسة ١٩٤٩/٦/٧ - مجموعة أحكام السنة ٣ .

معين وفي هذه الحالة يجب ألا يستهدف القرار الادارى المصلحة العامة فحسب بل أيضا الهدف الخاص الذى عينه القانون لهذا القرار عملا بقاعدة تخصيص الاهداف[١] وان عيب الانحراف واساءة استعمال السلطة المبرر لالغاء القرار الادارى والتعويض عنه يجب أن يشوب الغاية منه بأن تكون جهة الادارة قد أصدرته لباعث لا يتعلق بالمصلحة العامة[٢].

واطرد قضاء الادارية العليا على ذات التعريف وأخذت المحكمة الادارية العليا بما ذهبت اليه محكمة القضاء الادارى من أن إساءة استعمال السلطة هو من العيوب القصدية فى السلوك الادارى قوامه أن يـكون لدى الادارة قصد اساءة استعمال السلطة والانحراف بها[٣] وقضت المحكمة بالغاء القرارات التى تبتغى اغراضا أخرى غير الصالح العام كأغراض حزبية[٤] أو أن تقصد الادارة ان تتحايل على حكم قضائى[٥] ومن تلك القرارات الموجود بها عيب الانحراف قرار الادارة برفض تجديد الاقامة المؤقتة لأجنبى دون قيام هذا القرار على مسوغ معقول وان المدعية لم تطلب سوى الاقامة مدة وجيزة حتى تستكمل علاجها ولمن تكن ثمة خطورة منها على الأمن أو الاداب فيكون القرار الصادر بتكليفها بمغادرة البلاد بعيدا عن استهداف الصالح العام منافيا لسياسة الحكومة فى تشجيع السياحة مما

---

(١) محكمة القضاء - الدعوى ٦٣٨٦ - جلسة ١٩٥٦/٤/٢٢ - مجموعة السنة ١٠ - قاعدة ٢٩٩.

(٢) محكمة القضاء الادارى - الدعوى ٩٦٨ لسنة ١٢ - جلسة ١٩٦٠/١/١٢ - مجموعة أحكام السنة ١٤ - ص ١٩٢ .

(٣) الادارية العليا - جلسة ١٩٥٧/١١/٩ - الطعن رقم ٩٠٤ .

(٤) حكمها فى ١٩٦٠/٤/٢٦ - قضية ٤/٣/من سوريا .

(٥) حكمها فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢ - سوريا - جلسة ١٩٦١/٥/٢٠ .

يجعله معيبا باساءة استعمال السلطة[١] .

ومن ذلك ايضا تخطى أحد الموظفين فى الترقية بالاختيار الى الدرجة الثالثة دون مبرر لهذا التخطى بسبب محدد فى حين أن المطعون فى ترقيته لم يبرز عن المدعى بميزة ظاهرة ترجح تفضيله كما ان الوزارة لم تدفع ما الح اليه المدعى من أن تخطى المطعون فى ترقيته أياه انما كان بسبب صلته باحدى الشخصيات وعلى ذلك يكون القرار المطعون فيه مشوبا بالانحراف[٢] .

ومن ذلك اتخاذ القرار تحديا لحكم قضائى أو التحايل عليه فبعد صدور حكم القضاء بالغاء قرار الادارة بفصل أحد موظفيها فان الادارة تضع الموظف الذى صدر قرار الالغاء لصالحه فى مرتبه ادنى من وظيفته السابقة ثم لا تكتفى بذلك بل انها بعد ان رفع الموظف دعواه طالبا اعادته الى وظيفته بمرتبة ودرجته بادرت الى اصدار قرارها بتسريحه من الخدمة مرة أخرى مستنده فى هذا التسريح الى أسباب لا تخرج فى مضمونها عن الاسباب التى استندت اليها فى قرارها الأول وعليه يكون قرارها مشوبا بالانحراف[٣] .

اما الانحراف عن الاغراض المخصصة فان قضاء مجلس الدولة المصرى تبع نظيره الفرنسى فى تحديد اغراض الضبط فى الامن العام

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ١٩٥٦/١٢/١٨ - قاعدة ٧٧٧ - السنة العاشرة - مجموعة السنة ١١ - ص ٩٧ .

(٢) المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٠/٦/١٨ - قاعدة ١٢٧ - ص ٥ .

(٣) المحكمة الادارية العليا - جلسة ١٩٦٠/٤/٢٦ - قضية ٨ لسنة ١ سوريا .

والصحة العامة والسكينة العامة وان الخروج على هذه الاغراض المخصصة يعيب القرار بالانحراف[1]. غير انه ادخل الاسباب المالية ضمن الاسباب التى تجيز للادارة منع أو منح الترخيص[2].

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى ١٩٤٧/١٢/١٦ - الدعوى ٩٣ لسنة ١ .
(٢) القضاء الادارى ١٩٥٤/١٢/٢٧ .

المبحث الثانى

طبيعة عيب الانحراف

وركن الغرض فى القرار الوزارى

يذهب الفقه الادارى الفرنسى والمصرى عموما الى ان الغرض فى القرار الادارى يمثل عنصرا نفسيا فيه(١).

ذلك لأن رجل الادارة المختص باصدار القرارات عند اصداره لهذه القرارات أو تلك يتجه بفكرة الى تحقيق هذه النتيجة أو تلك أى أنه يتخذ القرار على اعتباره وسيله للوصول الى نتيجة معينة وبذلك فاننا نكون بالفعل فى هذا المجال فى اطار عملية نفسية بحته تتمثل فى رغبة تتوسل بعمل الموظف ليصل اليها غير أن هناك من الفقهاء من يذهبون الى ان الغرض من القرار هو غرض موضوعى وان عيب الانحراف من ثم يجب ان ينظر اليه بنظرة موضوعية ذلك أن القول بأن عيب الغرض يكمن فى الغرض الذاتى دون الموضوعى ولذلك فهو لا يتجه الى حماية الارادات الى حماية المصلحة العامة واذا كان صحيحا ان تصرف الادارة بالقرار الذى تتخذه هو عمل ارادى أى أفصاح عن ارادة الا ان الحكم على سلامة هذا العمل لا

---

(١) Vedel Dr. admin 3e ed P 456, De laubadare Traié elementare de Dr. admin T1 p 479, Venizia le pouvoir discritionnatire p 53, Waline Dr. admin p 480, eisemane cours de Dr. admin 1949 p 394 .

ومن الفقه العربى د/ محسن خليل - القضاء الادارى اللبنانى ورقابته لاعمال الادارة - دراسة مقارنة سنة ١٩٧٢ ص ٥٨٧ ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى - القرار الادارى ومجلس الدولة - الطبعة الرابعة - سنة ١٩٧٩ - منشأة المعارب بالاسكندرية - ص ٦١٣ ، د/ محمد فؤاد مهنا - دروس فى القانون الادارى سنة ٥٦ ، ١٩٥٧ ، د/ الطماوى - المرجع السابق - الا ان د/الطماوى لايرى ان الانحراف ذو طبيعة واحدة بل هو ذو طبيعة ذاتية وموضوعية والشق الموضوعى فيها يتمثل فى محالة قاعدة تخصيص الاهداف ص ١٤٨ ، ١٤٩ .

يكون إلا بالنظر اليه فى ذاته الا بالنظر اليه من زاوية الارادة التى اصدرته وهذه المعايير الموضوعية تبرز جلية فى اركانه التى يجب ان يقوم عليها والتى لا تتصل بالارادة والغرض كركن محدد بالقانون على وجه ايجابى وسواء تمثل التحديد فى فكرة عامة مرنة كفكرة المصلحة العامة أو فكرة أكثر تخصيصا ودقة كالنظام العام أو المصلحة المالية فالغرض دائما فكرة موضوعية ولذلك يتعين ان يقاس الغرض بمقياس موضوعى لا ذاتى وألا يكون صحيحا الا اذا وجد له سند من الحقيقة الواقعية ومما يتجه اليه القرار ذاته لا ان يكون سنده فى نيات الادارة وما تتوخاه فى دخائلها وينتهى هذا الرأى الى ان هدف الصالح العام بوصفه الغرض الذى يستهدفه كل قرار ادارى هو حاله واقعية أو موضوعية وليس مجرد تصور نفسى أو ذهنى لدى رجل الادارة فلا يكفى لتحقيق هذا الغرض ان تبرأ نفس رجل الادارة من الميل والهوى وان يصدر قراره عن اعتقاده بأنه يسعى الى تحقيق الصالح العام المنوط به وانما يلزم فضلا عن ذلك ان يكون صدور قراره استجابه لمتطلبات الحياة العملية واحتياجاتها وذلك بتحديد الظروف الواقعية التى يترتب على صدور القرار فيها اتجاهه لتحقيق هدفه المحدد اى بتحديد الاهداف التى تبرر صدور القرار[١] .

ولكى نستطيع أن تبين طبيعة عيب الانحراف فى القرارالادارى وهل هو عيب ذاتى أم موضوعى يجب ان نبحث قليلا فى فكرة الصالح العام كغرض للقرارات الادارية بوجه عام وعلاقة هذه الفكرة بعنصر الوقائع

---

(١) د/ السيدمحمد ابراهيم : المرجع السابق ص ٢٥١ وما بعدها . د/ محمدحسنين عبدالعال - المرجع السابق - ص ٣٤٦ .

المبررة فى القرار أو ركن السبب فيه فهذا البحث سيوضح لنا الى حد كبير طبيعة عيب الانحراف فى القرار الادارى .

ان فكرة الصالح العام كغرض للقرار الادارى هى فكرة فى حد ذاتها غامضة ولا تصلح بذاتها لكى تكون تعبيرا عن ركن موضوعى قائم بذاته تستطيع من خلال توافره أو عدم توافره فى القرار ودون الاستعانة بعناصر اخرى فيه ان تقرر صحته أو بطلانه فركن المحل مثلا يتم فحصه بمقارنته بالقانون وعن طريق التفسير يستطيع القاضى معرفة مدى موافقة محل القرار للقانون ولذلك كانت فكرة الصالح العام كغرض للقرار الادارى يتم التثبت من تحققها بالاعتماد على عناصر اخرى فى القرار فمثلا يمكن القول ان القرار لن يحقق غرضه وهو الصالح العام فى حالة السلطة المقيدة اذا خالف قواعد الاختصاص أو الشكل أو المحل لان هذه القواعد محددة من قبل الشارع ويعنى هذا انه باستيفائها وتحققها فان القرار سيحقق هدفه حتما وهذا ما يؤكد القول بأنه فى حالات السلطة المقيدة فان تصرف الادارة وفقا لقواعد القانون يقيم قرينه لا تقبل اثبات العكس على تحقيق القرار لغرضه المشروع ومن هنا كانت رقابة الانحراف بالسلطة فى القرارات التقديرية أى التى تتمتع الادارة فى اصدارها بسلطة تقديرية ينصب على نية أو غاية مصدر القرار حتى يتسنى التثبت من أنه لم يهدف الى غاية تجانب الصالح العام أى أننا فى هذه الحالة أيضا لانستطيع الجزم بتحقيق القرار الصالح عام الا عن طريق نفى استهداف مصدره غايات تجانبه أى بطريقة سلبية لاننا لا نعرف على وجه اليقين هذا الصالح العام بمعناه الواسع بواسيلة منضبطة .

وازاء هذا الغموض لمعيار الصالح العام وضعف القرائن على تحقيق

القرار له فى حالة السلطة التقديرية ابتدع مجلس الدولة الفرنسى رقابة الوقائع على النحو الذى عرضناه سابقا واتخذ من رقابة الوقائع هذه وسيلة يمكنه بها التثبت يقينا من تحقيق القرار لغايته المقررة فى القانون فكيف يتم ذلك ؟

فبالنظر الى صعوبة وعدم قطعية القول بتحقيق الصالح العام اذا اعتمدنا على الرقابة الذاتية أى على رقابة نيه مصدر القرار فانه يمكن الاعتماد على العنصر الموضوعى فى القرار وهو السبب وتستطيع سلطة الرقابة التأكد من صحة قيامه لتقيم القرينة على استهداف القرار لغرضه الموضوعى دون حاجة الى البحث عن نية مصدر القرار ودخائل نفسه والعلاقة وثيقة بين السبب والغرض من القرار فالسبب يمثل نقطة البداية أو نقطة الحركة فى حين أن الغرض يمثل نقطة النهاية أو نقطة الوصول(١) .

فاذا كنا قد انتهينا الى ان هدف المصلحة العامة يتسم بطابع واقعى معين فالعبرة فى تحقيق هدف الصالح العام هو أن يكون صدور القرار استجابة لمتطلبات الحياة الواقعية واحتياجاتها لان ذلك يكفل للقرار تحقيق غرضه المحدد(٢) .

وهكذا نستطيع عن طريق فحص الوقائع المبررة لاصدار القرار التثبت من اتجاه القرار لتحقيق غرضه فعندما يحدد القانون السبب فان القرار سيحقق غرضه المقرر حتما نظرا للصلة الوثيقة بين السبب والغرض وتكون سلطة الادارة مقيدة فى هذا الركن وليست تقديرية فاذا قام القرار على سببه كان صحيحا ومحققا لغرضه وان شابه عيب فى السبب وقع القرار

(١) Bonnard le detornement de pouvoir R. D. P. 1938 p 140 .
(٢) د/ محمد حسنين عبدالعال : فكرة السبب فى القرار الادارى ودعوى الالغاء - ص ٣٤٥ .

مخالفا للقانون ولم يحقق غرضه بالتالى ولكن نظرا للطبيعة الاحتياطية لعيب الانحراف من ناحية وفكرة الصالح العام الغامضة من ناحية أخرى فان العيب هنا لا يكون عيبا فى الغرض الموضوعى اى لا يكون هناك انحراف لاننا لم نفحص نية مصدر القرار ولكنه يمثل عيبا فى السبب وكان القرار مخالفا للقانون ولكن فى حالات السلطة التقديرية كيف يمكن ان يحقق السبب أو الوقائع الصالح العام مع ان الادارة تملك سلطة تقديرية حيال وجود الوقائع وتكيفها وتناسبها مع المحل ؟

هنا بلغت رقابة الوقائع ذورتها وذلك انه اذا ذكرت الادارة اسبابا لقرارها تدخل القضاء برقابة وجود هذا السبب وتكييفه وفى بعض الاحيان مدى ملائمته مع محل القرار على النحو الذى أوضحناه سابقا وكان فى هذه الرقابة الكفاية للقول بأن القرار سيحقق غرضه المنوط به حتما فقيام القرار على أسبابه الصحيحة يؤدى به حتما الى تحقيق غرضه بغض النظر عن نوايا الادارة فالسبب والغاية ليسا عنصرين منفصلين فى القرار الادارى بل ان هناك ارتباطا بينهما بحيث اذا لم يستهدف القرار تحقيق غرضه المحدد له فان ذلك يعنى دائما ان هناك خطأ فى تقدير السبب سواء من حيث وجوده أو أهميته فلو استهدف الجزاء التأديبى هدفا غير هدفه المشروع وذلك كالانتقام الشخص مثلا فان ذلك يفيد بالضرورة ان الادارة قد لجأت عند اصداره الى تقرير قيام خطأ غير موجود أو المبالغة فى تقدير الخطأ المرتكب وعليه فان عيب الانحراف بالسلطة لا يمكن أن يكون الا فى حالة عدم وجود السبب ماديا أو قانونيا[1].

---

(١) بونار : السلطة التقديرية – المرجع السابق – مجلة القانون العام – ص ٣٦٣ .
وانظر من المؤيدين لهذا الرأى د/ محمد حسنين عبدالعال – المرجع السابق – ص ٣٦٦ .

ولكن اذا لم تفصح الادارة عن اسبابها ولم يكن عليها ثمة الزام بالافصاح عن هذه الاسباب فكيف تتم رقابة الغرض ؟ هنا وعند تعذر رقابة الوقائع تظهر رقابة الغرض الذاتى كوسيلة للرقابة على الغرض الموضوعى بعد ان استحالت وسيلة رقابة الوقائع(١) وهنا يبقى عيب الانحراف ليقوم بدوره الاحتياطى فى رقابة تحقيق القرار لغرضه كما ان وجود الانحراف بجانب رقابة السبب يرجع الى انه فى كثير من الأحوال فان القضاء لا يراقب تقدير الادارة لاهمية وخطورة السبب فاذا ارتكب الموظف خطأ تافها فيعمد رئيسه لأغراض شخصية الى توقيع عقاب بالغ القسوه عليه فهنا تعجز الرقابة الموضوعية على سبب القرار (فى فرنسا) عن حماية الموظف لان القضاء سيراقب وجود السبب وهو هنا الخطأ دون تقدير أهميته(٢) ومن هنا توجد حالتان لرقابة الانحراف بجوار رقابة السبب الحالة الأولى هي عدم قدرة القاضى على رقابة الاسباب لان الادارة لم تفصح عنها والثانية هي عدم رقابة القضاء لأهمية السبب وعليه يمكن القول ان اتساع الرقابة على الاسباب تؤدى الى تقلص عيب الانحراف مع الاشارة الى ان الفقهاء من يستندون الى قاعدة وجوب قيام كل قرار على سبب صحيح لالزام الادارة بالافصاح عن أسبابها كقاعدة عامة حتى يتسنى للقضاء مد رقابته عليها(٣).

ومن هنا يمكن القول ان هدف الصالح العام هو من طبيعة موضوعية فلا يكفى لتحقيقه انصراف نية رجل الادارة الى تحقيقه وهذا القول هو تقرير لقاعدة قانونية موضوعية ولكن ذلك لا يترتب عليه بالضرورة أن

(١) د/ السيد محمد ابراهيم : الرقابة على الوقائع فى قضاء الالغاء - ص ٣٧٢ .
(٢) د/ محمد حسنين عبدالعال : ص ٣٧٦ .
(٣) د/ محمد حسنين عبدالعال : مؤلفه سالف البيان - ص ٣٥٩ .

تكون وسائل الرقابة التى يستخدمها القضاء للتحقق من اتجاه الادارة الى هذا الهدف من طبيعة موضوعية دائما فالقضاء يستخدم لذلك الرقابة على السبب وهى رقابة موضوعية الا انه يستخدم ايضا رقابة الانحراف وهى رقابة ذاتية وذلك فى الحالات التى تعجز فيها رقابة السبب وهذا ما يقتضى التمييز بين الطابع الموضوعى لهدف الصالح العام وبين طبيعة الوسائل التى يلجأ اليها القضاء لرقابة اتجاه القرار لتحقيق هذا الهدف(١).

وهذا القول يؤيد النتائج التى يمكن الانتهاء اليها من العرض السابق وهى وجوب التفرقة بين طبيعة ركن الغرض فى القرار الادارى وطبيعة عيب الانحراف ولا تلازم بينهما حقا ان الانحراف عيب يتمثل فى عدم تحقيق القرار لغايته كما سبق واوضحنا فليس تخلف الغاية عن القرار ناتجا فقط عن وجود عيب الانحراف وإنما تتخلف الغاية فى حالة وجود عيب فى السبب أو فى أى من اركان القرار الأخرى حقا ان قيام القرار على سببه الصحيح والمبرر يؤدى حتما الى تحقيق القرار لغايته على النحو الذى شرحناه سابقا فانه على العكس من ذلك فان تخلف الغاية من القرار ليس معناه عيب أصاب السبب فقط وانما قد يكون هناك عيب اصاب اركان القرار الأخرى أو أن نية مصدر القرار لم تتجه فيه الى الصالح العام(٢)

() فينيسيا : المرجع السابق - رسالته سالفة البيان - ص ١٤١ .

() انتهى إلى نفس الرأى د/ سليمان الطماوى - انظر مولفه سالف البيان ص ١٤٨ . رغم اختلافنا معه فى طبيعة عيب الانحراف وبالرغم من انه مال لرأى الفقيه بونار عن ذاتية ركن الغاية . انظر نفس المؤلف ص ٣٥ فالسبب الموضوعى والغرض الذاتى وان كانا يتمثلان بوجهتى نظر مختلفتين الا انهما يعملان فى اتجاه واحد هو اتجاه القرار الادارى نحو المصلحة العامة أنظر :

Vedel essei sur la notion de la cause 1931 p 430 .

وانظر دونيسون فى رسالته سالفة البيان ص ٨٨ حيث سينتهى الى أن القواعد القانونية المحددة للغرض يمكن التمييز فيها بين نوعين النوع الأول متعلق بتحديد الغرض الذاتى وذلك بتحديد الاهداف التى يمكن لرجل الادارة أن يتوخاها بقراره والنوع الثانى من القواعد يتعلق بتنظيم الغرض الموضوعى وذلك بتحديد الحالات التى يؤدى صدور القرار الى تحقيق هدفه المجرد .

والدليل القاطع على صحة مانقول هو انه فى حالات السلطة المقيدة فى اصدار القرار لا نفحص فيها غرض مصدر القرار فهنا لا يمكن بحث الانحراف وإنما اعتمدنا على معيار موضوعى خالص للتحقق من غاية القرار مما يؤكد الفصل بين الانحراف كعيب يرد على الغاية من القرار والغاية ذاتها وهى الصالح العام التى يمكن ان يرد عليها عيوب أخرى كتخلف السبب حيث يؤدى الى عدم تحقق الصالح العام ومن هنا ندرك لماذا كان اتفاق أغلبية الفقهاء على ذاتية عيب الانحراف كما نجد تبريرا لمن ذهب منهم الى ذاتية الغرض نفسه ذلك ان هذا التحديد لعنصر الغرض لايمكن وصفه بالموضوعية الا تجاوزا مثله فى ذلك مثل فكرة المصلحة المعتبرة فى الانحراف بالحق فكلتا الفكرتين غير كافيتين بذاتهما للحكم على اتجاه الحق لتحقيق المصلحة أو اتجاه القرار لتحقيق الصالح العام ولذلك كان الفقه المنادى بذاتية الغرض مدركا ان الفيصل فى معرفة مدى تحقيق القرار لهدفه أو وجود أهداف أخرى تمنع بالقطع اتجاه القرار لغرضه هو البحث فى نية مصدر القرار أو غرضه وذلك قبلما تظهر رقابة الوقائع وتتسع هذا الاتساع الكبير ووجد فيه انصار موضوعية الغاية بغيتهم للقول بتوظيف فكرة رقابة الوقائع لتحقق موضوعية الغايه وتستغنى عن رقابة الانحراف وهوما حدث فعلا حيث تضاءلت الاحكام التى تنتهى الي الغاء القرار لعيب الانحراف علي اساس تزايد الرقابة على اسباب القرار فيه غناء عن رقابة الانحراف .

ولكن هذا لا يخل بالفكرة الذاتية لعيب الانحراف وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بأن الانحراف يرد علي الغاية من القرار وهذه الغاية محدده بطريقة موضوعية فيجب ان يكون العيب الذى يصيبها عيبا

موضوعيا أيضا[1] وهو قول لا يتفق مع تحليلنا السابق للفرق بين الغاية من القرار وعيب الانحراف ذاته فهو أحد وسائل مراقبة تخلف الغاية فى حين ان هناك وسائل أخرى موضوعية لمراقبة تخلف هذه الغاية .

كما أن من الفقهاء ما ينتهى من تحليل تعريف الانحراف الى أن معياره ذو طبيعة موضوعية اذ فى كل مرة تنحرف الادارة عن الهدف المشروع ولو كان ذلك عن حسن نية وبغرض نبيل فى ذاته يعد قرارها معيبا[2] .

فهذا القول يتناقض مع ما ذهب اليه الفقيه من ان عيب الانحراف هو عيب خفى مستتر من العسير الكشف عنه واظهاره فهو عيب يستقر فى بواعث الادارة الخفية ودوافعها الباطنة واغراضها الحقيقية[3] وعليه فان قوله بموضوعية الانحراف يقوم على خلط بين موضوعية الغرض والغاية من أعطاء رجل الادارة سلطة اصدار القرار أى الصالح العام وبين أحد العيوب التى ترد على هذا الركن وهو الانحراف بالسلطة وهو عيب ذاتى .

فالبحث فى نية مصدر القرار هو بحث ذاتى قد تعين عليه عناصر موضوعية أو قرائن ثابتة ولكن كل ذلك لاثبات هذه الغاية التى يضمرها مصدر القرار من هنا لا يمكن القول بموضوعية الانحراف لاننا بذلك نفقده أهم خصائصه كعيب مستقل فى صفاته عن العيوب الاخرى فاضفاء السمه الموضوعية عليه تجعله عيبا غير ذى قيمة وعلى هذا فان التعريف الدقيق لعيب الانحراف الذي يبرزه عن العيوب الاخرى هو الذى يمكن تحليله الى

---

(١) د/ السيد محمد ابراهيم : المرجع السابق – ص ٢٣٠ .

(٢) د/ الطماوى : المرجع السابق – ص ١٦٣ .

(٣) د/ الطماوى : المرجع السابق – ص ٧١ .

عنصرين الأول عنصر سلبى خلاصته ان القرار المشوب بعيب الانحراف هو قرار اداري قد سلمت جميع اركانه الاخرى وعنصر إيجابى مقتضاه ان غاية مصدره لم تتجه لتحقيق الصالح العام[١].

ولكن قد تعترض فكرة ذاتية عيب الانحراف فكرة أخرى ألا وهى فكرة تخصيص الاهداف فهي فكرة تقتضى ان يتجه مصدر القرار الى تحقيق الغرض الخاص المنوط به تحقيقه دون غيره من الاهداف فاذا اتجهت ارادته الى تحقيق غير هذا الهدف كان القرار مشوبا بعيب الانحراف ومن هنا تكون فكرة الانحراف في جانب منها فكرة موضوعية لانها تتحقق في حالات مخالفة قاعدة تخصيص الاهداف .

وقاعدة تخصيص الاهداف تتحقق فى حالة تخصيص هدف معين للادارة من بين اهداف الصالح العام من قبل المشرع أو القاضى والمثل التقليدى لذلك تخصيص هدف المحافظة على الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة من قبل القضاء كهدف مخصص لسلطات الضبط الادارى لا يجوز لها ان تتغيا غيرها ولو كانت هذه الغاية مرتبطة بالصالح العام بمعناه الواسع فهل يترتب حقا على مخالفة الادارة لهذا الغرض المحدد عيب الانحراف بالسلطة ؟

ان التحليل الدقيق لهذه الحالة يؤدى الي القول اننا اذا حددنا الهدف المخصص فان اختصاص الادارة ذاته يكون اختصاصا مقيدا لانه فى هذه

---

(١) انظر د/ الطماوى : ص ٧٠ فى تحليله لعيب الانحراف حيث ان العنصر الايجابى عنده هو ان ركن الغرض فى ذلك القرار هو المعيب ونرى فى هذا الجانب قصورا فى التعريف لان ركن الغرض قد يعاب فى القرار نتيجة لعيوب تشوب عنصر السبب مثلا فلا يقتصر عيب الغرض على الانحراف .

الحالة ستكون هناك وحده بين السبب والغرض ذلك ان تحديد غرض الضبط بالمحافظة على الأمن العام والسكنية العامة يجعل سبب اصدار القرار الضبطى هو وجود اخلال بالامن والسكنية العامه واذا اتحد السبب والغرض فان الامر لا يحتاج لرقابة الانحراف فاحتياطية العيب سيجعلنا نراقب السبب أولا فاذا كان صحيحا صح الغرض تبعا له كذلك(١) واذا كان عيب الانحراف لا يتحقق الا فى مجال السلطة التقديرية وهنا تصبح سلطة الادارة مقيدة فى اسبابها فكيف يتسنى القول بوجود انحراف ؟ اننا نرى ان هذا القول من جانب الفقه كان تبريرا للاحكام القضائية التى ذهبت إلى هذا القول وكان ذلك نتيجة للبحث القضائى في كل دعوى وقرار على حده لاكتشاف ما يهدف اليه المشرع لامكان المقارنة بينه وبين هدف مصدرالقرار فقام الفقه برد حالات تخلف الهدف المخصص الى حالات الانحراف فهى قد اتبعت القضاء دون ان تؤصل حقيقة الانحراف وتمحصه لتبغى له طبيعته وقد استمد القضاء من فكرة تخصيص الاهداف عونا له على مد سلطاته الى عنصر الغاية فى القرار فتوسع فى قاعدة تخصيص الاهداف ليفرض الاهداف التى يستنبطها هو من التشريع على الادارة ليرغمها على ان تتغياها وعلى كل ففى حالات تحديد المشرع للغايات على وجه مخصص يجعل مخالفة القرار لها مخالفة تقع فى عنصر السبب منه أو فى محل القانون ايضا نظرا لما يربط المحل بالسبب من علاقة تتمثل فى ان محل القرار هو الاثر المرتب على قيام الوقائع وعلى كل فان طبيعة البحث فى الانحراف تفترض اننا امام قرار ادارى سليم فى عناصره وظاهره الصحة

---

(١) انظر د/ عصام البرزنجى : السلطة التقديرية - ص ٤٩٢ نقلا من :
Lino di quel la competence lié p 14 .

في غايته ايضا فوجود مخالفة لهدف نص عليه القانون أو قرره القضاء يعد القرار مخالفا للقانون بمعناه الواسع فلا نصل الى عيب الانحراف وهذا التحليل يماثل ذلك الذى انتهينا اليه فى حالة وجود اهداف مخصصة للحقوق فى استعمالاتها المختلفة وهى محاولة لابراز الطابع الذاتى لعيب الانحراف وهذا القول يؤيد ما سبق وانتهينا اليه من ان تخلف الغاية أو وجود عيب بها لا يرجع فى جملته الى وجود انحراف بالسلطة وانما قد يرجع الى عيوب فى اسباب القرار أو محله فهنا وقع العيب فى سبب القرار فمنعه من تحقيق غرضه المخصص له واسلتزم هذا منا الرد على من ذهب من الفقهاء الى القول بأنه قد يكون هناك خطأ فى تقدير السبب مع استهداف مصدر القرار لغرضه المشروع فقرار اعلان المنفعة فى موقع معين تمهيدا لنزع ملكيته قد يكون مشوبا بالخطأ فى تقدير الوقائع التى تمثل المصلحة العامة دون ان نستنبط من ذلك استهداف مصدر القرار لغرض آخر وفى مجال التأديب قد يخطئ رجل الادارة فى تقدير الذنب وذلك مع استهدافه مثلا لغرض التأديب[١].

وهذا الرأى مردود عنيه بأن رقابة السبب التى تغنى عن رقابة الانحراف هى رقابة وجود الوقائع وتكييفها وتبريرها فاذا امتنع على القاضى رقابة أى من هذه العناصر الثلاثة فقد تمتعت الادارة فيه بسلطة تقديرية فسمح بقيام الانحراف ولكن لا نستطيع القول فى هذه الحالة أن القرار قام على سببه الصحيح ومع ذلك انحرف عن غرضه لأن رقابة السبب الناقصة لا تعتبر رقابة على عنصر السبب فى جميع صورة ففى المثال الأول

(١) بونار : مقاله سالف البيان ص ٣٧٥ .

مثال خطأ فى تقدير الوقائع فمن ثم يقع القرار مخالفا لغرضه ضمنا لوجود عيب فى السبب أو خطأ فيه لا يسمح لنا بالقول ان القرار صحيح من حيث سببه ما دمنا لم نقدر السبب فلا يمكن الجزم بأن القرار قام على اسبابه المبررة.

وكذلك فى المثال الثانى لا يستوفى القرار ركن السبب ألا برقابة التناسب بين المحل والسبب أو بين الذنب الادارى والجزاء التأيبى فاذا لم يباشر القاضى هذه الرقابة فلا يمكن القول أن القرار قائم على سببه الصحيح والمبرر ومن ثم سيحقق غرضه ومن هنا كانت فكرة السبب فى حالتها القصوى هى المؤكدة لتحقيق القرار للصالح العام وبغيرها لا يمكن القول ان القرار قد قام على سببه الصحيح والمبرر .

ومن هذا العرض نستطيع أن نستنبط عددا من النتائج أهمها تلك التفرقة بين ركن الغرض فى القرار وعيب الانحراف ففى حين انه يمكن اعتبار ركن الغرض - تجاوزا ذو طبيعة موضوعية فاننا لابد ان نؤكد أن لعيب الانحراف خاصيته الذاتية كما ان قاعدة تخصيص الاهداف من الناحية الفنية تقتضى منا ان نجعل مخالفتها مخالفة مباشرة للقانون وتبعدها عن الالتصاق بعيب الانحراف لتبقى طبيعته الذاتية وخصائصه النابعة من هذه الطبيعة وأهمها خفاؤه كما اننا لا نجد اساسا لقيام القضاء بتحديد هدف معين لكل قرار لم ينص المشرع صراحة على هذا الهدف المخصص لان فى ذلك ابتداعا لقيود جديدة يفرضها القضاء على حرية الادارة تحت ستار تخصيص الاهداف ويظهر مدى صحة هذا القول من أن المبدأ التقليدى المتمثل فى تحديد هدف سلطات الضبط الادارى بالمحافظة

على الامن العام والصحة العامة والسكنية العامة وبعد أن اطرد القضاء الادارى على الغاء قرارات الضبط التى تستهدف الحصول على مبالغ مالية للخزانة العامة بوصف ذلك خروجا على الاهداف المخصصة أصبح يعترف بهذه السلطة للادارات المحلية[١].

ولكى نستطيع ان نحيط تماما بمدى أهمية عيب الانحراف وخطورة سنتعرض لعلاقة هذا العيب ببعض الافكار الاخرى التى يمكن ان تزيدنا ايضاح فى بيان أهمية هذا العيب وخصائصه الذاتية .

(١) فالين : القانون الادارى - المرجع السابق - ص ٨٧ .

المبحث الثالث

الانحراف والملائمة فى القرار الادارى

ان هذا المقارنة بين الانحراف والملائمة فى القرار الادارى لا تقتصر أهميتها على ايضاح دور الانحراف فى الرقابة على توجه القرار لتحقيق غايته وانما تبدو أهمية هذه المقارنة فى إزالة شبهه قد تلحق بعيب الانحراف على أساس انه يعطى للقاضى الفرصة للتدخل فى نطاق الملاءمة الذى لا يجوز له ان يتناوله .

والفرق بين الانحراف ونطاق الملاءمة فى القرار يتضح جليا عند بحث حالات الملاءمة في القرار وهذه الحالات هى النطاق أو المجال لما يسمى برقابة التعسف في استعمال الحقوق الادارية[١] ويتحقق التعسف فى استعمال الحقوق الادارية عند استخدام السلطة الادارية لسلطاتها المستمدة من حق يخول لها قانونا وهى تستهدف نفس الغايات التى شرع الحق (أو السلطة) من أجلها وأن يتبين بصدد واقعة معينة بذاتها ان استعمال هذا الحق في اتجاهه التقليدى المشروع قدحقق اضرارا لا تتناسب البته والفوائد المتحققة منه والتعسف بمعنى عام هو انعدام التناسب بين سبب التصرف ومحله أو موضوعه فى التصرفات السببية أو بين المصلحة التى تعود على المتصرف والضرر الذى يلحق بالغير فى التصرفات الغائية[٢] وتدور نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون العام حول تطبيقات ثلاثة :

(١) التغير المفاجئ فى موقف الادارة فيلحق ضررا بالغير .

---

(١) انظر رساله د/ محمد ميرغنى أدريس : التعسف فى استعمال الحقوق الادارية – سنة ١٩٧٢ .

(٢) د/ محمد ميرغنى أدريس : المرجع السابق – ص ١٢٢ ، ١٣٤ .

(٢) ان يكون موضوع أو محل العمل القانونى غير متناسب مع غايته .

(٣) عدم تناسب محل القرار أو عدم كفاية السبب[١] .

ونظرية التعسف فى استعمال الحقوق الادارية قد ظهرت متأخرة فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى حيث ظهرت فى بداية القرن العشرين ويرجع تأخر ظهور هذا العيب فى القضاء الادارى الفرنسى الى أن التعسف يقتضى رقابة ملاءمة تصرفات الادارة وهذا أمر لا يتناوله القضاء الفرنسى صراحة كما تذهب الاغلبية الساحقة من الفقهاء الى انكار ان يمارس القضاء هذا النوع من الرقابة .

وتتحقق حالات التعسف فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أساسا فى قضاء التعويض فقد قضى مجلس الدولة فى قضية تخلص وقائعها فى أن مدير حديقة النباتات قد فصلته الادارة لاسباب أخذتها عليه فأقام عليها دعويان واحدة طالبا فيها الغاء قرار الفصل والثانية يطالب فيها بالتعويض عن قرار الفصل التعسفى ورفض المجلس طلب الالغاء لأنه لم يثبت ان قرار الادارة كان معيبا بعيب مجاوزة السلطة ولكنه قضى له بالتعويض لأنه لم يثبت من الوثائق التى أودعت ملف القضية وكذلك من التحقيق الذى أجرى معه انه قد ارتكب أخطاء من طبيعتها أن تبرر الاجراء المتخذ ضده[٢] .

أن الاصل ان الادارة من حقها ان تختار واحدا من الحلول الملاءمة

(١) رأى بونار معروضا فى مؤلف د/ محمد ميرغنى أدريس – سالف البيان ص ٥٢٦ .
(٢) د/ محمد ميرغنى أدريس : المرجع السابق – ص ٢٥٣ .

وأنه ليس من حق القضاء ان يلزمها باختيار اكثر الحلول ملاءمة وانه اذا تصور وجود أكثر من حل مناسب في حالة من الحالات فمن حق الادارة ان تختار احدى هذه الحلول المناسبة وليس للقضاء التدخل الا اذا كان القرار الذى اتخذته الادارة مشوباً بعدم الملاءمة الظاهرة أى اذا أساءت الادارة استعمال سلطتها[١].

وهذا النطاق المقرر للملاءمة موجود فى العلاقة بين سبب القرار ومحله أى أنه اذا راقب القاضى التناسب بين المحل والسبب فى القرار الادارى فقد تدخل فى نطاق الملاءمة ولقد عرضنا فيما سبق امثلة من القضاء الفرنسى والمصرى يتعرض القاضى فيه الى هذا المجال وأهم هذه الحالات فى فرنسا ومصر حالة رقابة ملاءمة قرارات الضبط الادارى لتعلقها بالحريات الفردية وفى مصر أخصب مجال لرقابة الملاءمة هذه هو رقابة التناسب بين الذنب الادارى والجزاء التأديبى وهو القضاء المعروف بقضاء الغلو ولا يباشر مجلس الدولة الفرنسى هذه الرقابة وان كان يقضى بالتعويض عن عدم التناسب بين الذنب الادارى والجزاء التأديبى أو علاقة التناسب بين سبب القرار ومحله ترتبط بعلاقة وثيقة بتناسب محل القرار وغايته نظرا للارتباط الوثيق بين السبب والغاية وخلاصة القول ان فكرة الملاءمة تتجاوزنطاق بحث القاضى الادارى فى الانحراف فهى تتضمن مرحلة ما بعد التثبت من صحة عناصر القرار جميعا بما فيها اتجاه القرار لتحقيق غايته فاذا ثبتت هذه الصحة لمختلف الاركان يقوم القاضى فى حالة رقابة الملاءمة بالموازنة بين قيمة الاسباب فى تحديدها لمحل القرار وفى هذه

---

(١) رسالة د/ محمد اسماعيل علم الدين :

La Protection des individues et les efficacité del'action adminstrative these Paris 1966 p 519.

الموازنة يحل تقديره هو لهذه الاسباب سواء كان ذلك عن طريق فرض تكييفه هو على هذه الأسباب أو على وزنها بميزانه .

وترجع فكرة تدخل القاضى فى نطاق الملاءمة الى غموض فكرة الصالح العام وعدم تحديدها فمن نتائج هذا الغموض ان القاضى يتدخل فى نطاق الملاءمة تحت ستار رقابة التكييف أو التناسب بين المحل والسبب ليقرر ان تكييفه هو أو تقيمه للتناسب بين المحل والسبب من مؤداه اتجاه القرار للصالح العام وهو ذات الأساس الذى دعاه الى رقابة الوقائع فى قضاء الالغاء لتصوره ان رقابة الوقائع تجد سندها فى طبيعة ركن الغرض فإذا كان هذا الغرض محددا على نحو موضوعى وجب ان يحقق القرار هذا الهدف بطريقة موضوعية ويراقب القاضى هذا التحقق للهدف بموضوعية أيضا(١) وهكذا كان الاغراق فى اضفاء الطابع الموضوعى على الغرض فى القرار الادارى سببا فى أن اصبح القاضى وكأنه قد أصبح رئيسا للادارة يحل تقديره الموضوعى محل تقديرها ويفرض فكرته عن التوازن الواجب بين المحل والسبب ليتأكد بصفة قاطعة من اتجاه القرار لتحقيق الصالح العام وكأن من المفترض أن تقيمه هو للتوازن بين السبب والمحل هو الذى يؤدي بالقرار الى الصالح العام فى حين أنه نظرا لغموض وعدم كفاية وتحديد معيار الصالح العام فان كل ما يفعله القاضى الادارى هو احلال تقديره هو محل تقدير الادارة فى نطاق مسموح لها فيه بسلطة تقديرية تزن فيه مناسبة حل قرارها بسببه ولا يستطيع القاضى ان يجزم بعد اتمام رقابته باتجاه القرار يقينا لتحقيق الصالح العام لأنه لا يعرف بالضبط هذا الصالح العام وانما يمكنه ان يجزم بأن هذا القرار لم يتغيا صاحبه اغراضا تتنافى مع

(١) د/ السيد محمد ابراهيم : ص ١٧٢ رسالته سالفة البيان .

الصالح العام ومن هنا كان الاصل امتناع القضاء عن رقابة الملاءمة لانها تتجاوز نطاق وظيفة القاضى اما الانحراف فانه يتعلق بمدى تحقيق القرار لغرضه المقرر له بطريقة تتفق مع غموض هذه الفكرة بالتثبت من عدم اتجاه نية مصدر القرار لغرض آخر فاذا اكتشف الغرض الآخر قام بمقارنته بفكرة الصالح العام للحكم على مدى اتفاقه مع هذا الصالح العام أو مقتضى الصالح العام فهي رقابة تجعل القاضى لا يحل تقديره محل تقدير الادارة فى أى من عناصر القرار فهذا الغرض غير المشروع لمصدر القرار هو الذى يحاول القاضى كشفه فهو لا يأتى بعناصر جديدة غير موجودة فعلا فى القرار مثلما يفعل فى حالة الملاءمة حيث يفرض تقييمه أو تكييفه ووزنه لعنصر أو أكثر من عناصر القرار أما فى حالة وجود انحراف فى غرض مصدر القرار فان القاضى يكشف عن هذا الانحراف مستعملا قرائن عديده تتماسك لتشير الى وجود هذا العيب وفى بعض الاحيان يخلط القضاء بين رقابة السبب والغاية فى القرار الادارى ومن ذلك أنه بمناسبة الانتخابات التشريعية التى كان مزمعا اجرائها فى مايو ١٩٨٤ قد رفعت أحزاب المعارضة دعوى لوقف تنفيذ والغاء القرار السلبى من جانب وزير الاعلام بالامتناع عن تخصيص الوقت الكافى فى الاذاعة والتليفزيون ليتولى الحزب شرح برامجه وأهدافه خلال فترة الاعداد للانتخابات وقد ردت جهة الادارة على الدعوى بأنها قررت تخصيص مدة اربعين دقيقة مناصفة بين الاذاعة والتليفزيون لكل حزب من الاحزاب السياسية الخمسة المشاركة فى الانتخابات وقد دفع المدعون بأن هذه المدة لا تكفى لشرح برامج الاحزاب وطالبوا بعشرين دقيقة يوميا الى وقت الانتخاب .

وقد قضت المحكمة[١] بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه فيما تضمنه من تخصيص مدة أربعين دقيقة مناصفة بين الاذاعة والتليفزيون لشرح البرنامج الانتخابى للحزب على النحو الوارد بالاسباب والزمت المحكمة بالمصروفات واقامت قضائها على أنه وفقا لقانون اتحاد الاذاعة والتليفزيون فان الفقرة السابقة من المادة الثانية تنص على الالتزام بتخصيص جانب من وقت الارسال للاذاعة والتليفزيون للاحزاب السياسية إبان الانتخابات لشرح برامجها للشعب وهذا النص السابق يعدم السلطة التقديرية لاتحاد الاذاعة والتليفزيون فى مجال تخصيص أو عدم تخصيص جانب من وقت الارسال الاذاعى والتليفزيونى والمشرع حدد هدفا خاصا اوجب مراعاته عند الالتزام بتخصيص جانب من وقت الارسال الاذاعى والتليفزيونى للاحزاب السياسية إبان الانتخابات وذلك الهدف هو أن يتمكن الحزب من شرح برامجه للشعب ومن ثم على الجهة الادارية مراعاة بلوغ هذا الهدف وتحقيق هذه الغاية ولا يتأتى هذا الا اذا كانت المدة المخصصة لشرح البرامج الحزبية معقولة وكافية لاعلام السامع والمشاهد بالمبادئ والاهداف التى يقوم عليها الحزب وتحديد فترة زمنية مدتها عشرون دقيقة تخصص فى كل من الارسال الاذاعى والتليفزيونى لا تكفى مطلقا لتحقيق الهدف منها التقدير برامج الاحزاب واختلاقها مما يجعل القرار مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة لان القرار اصبح لا يؤدى الغرض المستهدف بل اتخذ القرار شكلا مظهريا افرغ من مضمونه مما يجعل وفاء اتحاد الاذاعة والتليفزيون بالالتزام المفروض عليه وفقا للقانون ١٢ لسنة ١٩٧٩ وفاءا شكليا صوريا لأن المحكمة لاحظت وجود برامج اذاعية وتليفزيونية وفقا لما جاء بحافظة مستندات

---

(١) محكمة القضاء الادارى - جلسة ١٩٨٤/٥/٨ للدعوى رقم ٣٧٨١ لسنة ٣٨ ق .

المدعى تستنفذ منه اوقاتا طويلة وليست على قدر أهمية شرح برامج الاحزاب وانتهت المحكمة التى حكمها سالف البيان .

ولا شك ان المشرع فى قانون اتحاد الاذاعة والتليفزيون قد الزم الاذاعة والتليفزيون تخصيص جانب من الارسال فى كليهما ابان الانتخابات لشرح برامجها للشعب ولكنه لم يحدد مدى هذا الوقت أو مقداره الا ان المحكمة استنبطت هدفا مخصصا من ذلك النص مقتضاه ان يكون هذا الوقت كافيا لشرح برامج الاحزاب وبهذا التحديد يتحدد السبب أيضا فى منح الاحزاب المختلفة مدة اربعون دقيقة فى كلا من التليفزيون والاذاعة وهو شرح برامج الاحزاب فاذا كانت المدة غير كافية فان تقدير السبب هنا قد شابه عيب فالعيب هنا هو عيب فى سبب القرار لان المحكمة قد حددت هدفا معينا جعلته شرطا من شروط صحة أسباب القرار فاذا لم يتوافر بطل السبب ومن ثم شاب الغاية عيب يحجبها عن تحقيق الصالح العام ايضا وفقا لارتباط السبب بالغاية فهنا فحصت المحكمة فى حقيقة الامر مدى التناسب بين المحل والغاية أو تقدير وأهمية خطورة السبب ولكن ما آثار الخلط هو ما اشارت اليه من ان تنفيذ الالتزام بتخصيص وقت الاذاعة والتليفزيون كانت تنفيذا صوريا فهنا يظهر ان المحكمة فحصت نية وهدف مصدر القرار وجعلت من تخصيص مدة الاربعين دقيقة فقط قرينة على صورية التنفيذ وصورية القرار لان الصورية هنا غرض شخصى للادارة ومن هنا جمعت المحكمة بين عيب السبب وعيب الانحراف فى حين كان العيب الأول كافيا لاحتياطية عيب الانحراف-لانها وفقا لما استنته من قاعدة مراقبة التناسب بين المحل والسبب أو بين المحل والغاية أو تقدير وخطورة السبب كان يمكنها تقدير التناسب بين محل القرار وسببه بالوسائل

الموضوعية التى ابتدعتها وأحلت نفسها محل الادارة فى تقدير كفاية أو عدم كفاية الوقت المخصص للاحزاب كما فعلت فى هذه الدعوى اما رقابة الانحراف فلا تظهر الا اذا كانت المحكمة لا تراقب هذا التناسب أو تقدير خطورة السبب حيث تظهر رقابة الانحراف للتأكد من تحقيق القرار للصالح العام أو على الاقل كما ذهبت المحكمة الى عدم صوريته ومن هنا ظهر مجال الخلط بين نظامين لكل منهما قواعده نطاق الملاءمة فى القرار ونطاق رقابة الانحراف .

ومن هنا ثبت لنا أنه يمكن ان يكون القرار مشروعا وفى ذات الوقت غير ملائم وكذلك يمكن انيكون غير مشروع وملائم أو غير ملائم لان منطقة المشروعية تقع على اركان القرار منفصلة عن بعضها اما الملاءمة فهى تقع علي علاقة اركان القرار ببعضها البعض كعلاقة السبب بالمحل وفى هذه الحالة يدخل القاضى عنصر خارجيا عن اركان القرار ليوازن بين عناصر القرار وهذا العنصر هو تقديره هو لمدى التناسب فى العلاقة بين السبب والمحل أو تقدير أهمية وخطورة السبب فى ملاءمته بالمحل ويظهر من هذا العرض وجود نطاق للمشروعية ونطاق آخر للملاءمة وعيب الانحراف هو عيب يدخل فى نطاق المشروعية لا الملاءمة .

المبحث الرابع

الانحراف وفكرة الاختصاص

بعد ان أوضحنا مدى الفرق بين فكرة الانحراف ومجالها ومنطقة الملاءمة فى القرار لابد ان نشير الى طبيعة الانحراف من الناحية القانونية.

ان الانحراف بالسلطة يقوم على ان تحديد غرض العمل الادارى هو عمل المشرع لا رجل الادارة فلا حرية للادارة فى اختيار أهداف قراراتها والمشرع حين يمنح الادارة سلطات تقديرية فانه يقصد فى ذات الوقت ان يفرض عليها ان تباشرها لتحقيق اهداف معينة بذاتها فرقابة الانحراف هى رقابة مشروعية اعمال الادارة[1] وهى الوجه الاخر للتثبت من تحقيق القرار لهدفه أو غرضه المحدد له والوجه الأول هو رقابة عناصر القرار الاخرى فكلا الوجهين يؤمنان اتجاه القرار لتحقيق غرضه وهو الصالح العام وهذا الصالح هو اساس اختصاص الادارة باصدار القرارات فلا اساس للتفرقة بين أعمال رجل الادارة وأعمال الرجل العادى الا فى ان اعمال رجل الادارة هدفها الصالح العام ومن ثم كان هذا الهدف سببا فى منح اختصاص رجل الادارة وفقا لشروط خاصة سلطة اصدار قراره أما الرجل العادى فليس عليه ثمة الزام بهذا الهدف ومن ثم فليس هناك اساس لمنحه اختصاصا باصدار القرارات الادارية وكما سبق واوضحنا أن غموض هذا الهدف وعدم امكانية تحديده على وجه دقيق يجعل القاضى فى غير وجود رقابة السبب لا يجد امامه الا الحد الادنى من الرقابة وهو التثبت من ان القرار لا

---

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٩٣ .

يستهدف غرضا يجانب الصالح العام فيقوم ببحثه النفسى لنية مصدر القرار لانه لا وسيلة امامه للتثبت من اتجاه القرار لغايته غير هذه الوسيلة .

ومن هنا نستطيع ان نفهم هذا الربط القديم بين الانحراف وفكرة الاختصاص فى القرارات الادارية واعتباره نوع من عدم الاختصاص فى أول الأمر .

واذا كانت فكرة الانحراف تجد سندها فى ركن الغرض من القرار وفى ارتباطها الوثيق بركن الاختصاص فانه فى بعض الاحيان يتسبب البحث عن عيب الانحراف الى اكتشافه عدم اختصاص مصدر القرار به .

وعلى سبيل المثال كان مجلس الدولة المصرى قبل صدور قانونه الاخير لا يختص بفحص قرارات نقل وندب الموظفين فكان مجلس الدولة يفحص حقيقة قرار النقل أو الندب ليتبين هل هى فى حقيقتها قرارات نقل وندب أم لها وصفا آخر تبعا لنية وغرض مصدرها ومن ذلك ما ذهبت اليه المحكمة الإدارية العليا من ان قرارات نقل الموظفين والمستخدمين أو ندبهم تخرج من اختصاص القضاء الادارى ما دامت لا تحمل فى طياتها قرارا مقنعا مما يختص به هذا القضاء وذهبت الى ان قرار النقل ولئن كان القضاء الادارى غير مختص فى الأصل بمراقبته الا ان عدم اختصاصه بهذا القرار مشروط بما اذا كان مكانيا صرفا ولا تحركه سوى حوافز الصالح العام[١] .

كما ذهبت المحكمة الادارية العليا إلى أن الفيصل فى صحة أو بطلان القرار المطعون فيه ، وما اذا كان يخفى انحرافا فى السلطة أم لا هو ما يظهر فيه .

---

(١) الادارية العليا - الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٣ - جلسة ١٩٥٨/٣/١٠ .

ومن التنظيم المرفقى المبرر لتوزيع عمال المرافق ما اذا كانت الادارة ترمى من ورائه الي غمط حقوق اصحاب الدور في الترقية من الموظفين المستحقين لها بالحاقهم بادارات أخرى ولاخراجهم من دائرة المرشحين للترقية بحكم الاقدمية كان قرار النقل من القرارات التى تخضع لرقابة القضاء الادارى لانه مقدمة للتخطي ووسيلة مستورة للحيلولة بين صاحب الدور فى الاقدمية وبين الحصول على حقه في الترقية[١] وانه للتعرف على ان قرار النقل المطعون فيه قراراً مكانياً أو قرارا تأديبيا لاتتأتى الا بعد بحث كل حالة على حده للتعرف على طبيعة القرار[٢].

وبعد صدور قانون المجلس الاخير رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ استقرت المحكمة الادارية العليا علي هذه التفرقة فى مجال تحديد اختصاص المحاكم التأديبية نظرا لاختصاص المحاكم التأديبية دون المحاكم الادارية ومحكمة القضاء الادارى بالقرارات التأديبية فذهبت الى انه كى يعتبر القرار الادارى بمثابة الجزاء التأديبى المقنع يكفى ان تتبين المحكمة من ظروف الاحوال وملابساتها ان نية الادارة اتجهت إلى عقاب العامله[٣]. والمتأمل في هذا القضاء يلاحظ عدة أمور فيها أن المجلس كان يبتغى فى حقيقة الأمر ان يمد رقابته الى مجال غير مختص به اصلا وكانت وسيلته في ذلك هي محاولته لاظهار رقابته على الانحراف فى صورة اختصاص بتكييف هذه القرارات الادارية وينتهى فى خصوص القرارات السابقة الى ان تكييفها الحقيقى انها قرارات تأديبية ولم يفصح المجلس عن ان رقابته هى

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ٧٦٠ لسنة ٥ - جلسة ١٩٦٦٣/٢/١٠ .
(٢) الادارية العليا ١٥٧٣ لسنة ٧ - جلسة ١٩٦٥/٢/٢٢ .
(٣) المحكمة الادارية العليا - القضية ٩٠٥ لسنة ٧ - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٩ .

رقابة الانحراف لان رقابة الانحراف تفترض ان القرار المراقب صدر صحيحا ومن مختص حسب ظاهرة فاذا كان القرار فعلا مكانيا فالاصل ان المجلس غير مختص به ابتداء فكيف يتسنى له من ثم فحصه ؟ وجد المجلس فى فكرة التكييف حلا لهذه المشكلة على الرغم من ان التكييف لا يرد الا على وقائع وانه يفرض حدوثه فهو اى القاضى يكيف القرار وفقا لعناصره الظاهرة امامه اما ما فعله المجلس فهو قيامه بفحص غاية ونية مصدر القرار ليعرف اثر هذه الغاية على القرار وهذا الامر يحول القرار الادارى الى تأديبى فمحل فحص القاضى هنا هو نية وغرض مصدر القرار وهل يتفق مع الغرض الذى حدده القانون لاختصاصه بإصدار القرارات الادارية. هنا كان واجبا على المحكمة ان تقرر وجود عيوب الانحراف لان نية العقاب أو التأديب ليست من الاغراض التى قررها الشارع لسلطة الادارة فى النقل أو الندب أو اصدار القرارات التأديبية ولكن طبيعة بحث الاغراض تقتضى كما قدمنا الا يتم البحث عنه الا بعد التثبت من صدور القرار من صاحب الاختصاص أى من مختص هذا الاختصاص امر موضوعى يبحث بعيدا عن نية رجل الاداره ولكن كان دافع مجلس الدولة فى هذا الا تتخذ الادارة قرارا لا يراقب من قبل القضاء وفى ذات الوقت تتعسف فى عقابهم .

ولما صدر قانون المجلس الحالى واطردت المحاكم التأديبية على البحث عن حقيقة ومدلول القرار وهل يخفى جزاء تأديبيا - مما تختص به ام لا اصدرت المحكمة الادارية العليا[1] حكما ارسى عديدا من المبادئ التى توضح فكرة الانحراف مع ما يختلط بها من فكرة الاختصاص وتخلص وقائع الدعوى فى ان احد العاملين بالقطاع العام قد دفع دعواه امام

---

(١) المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ٢٣٥٩ لسنة ٢٧ - جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ .

المحكمة التأديبية طالبا الغاء قرارين لوزير الاسكان تضمنا ندبه خارج جهة عمله الاصلي ذاهب الى أن هذين القرارين تضمنا جزاء تأديبيا مقنعا لانهما استهدفا استبعاده عن عمله الاصلي وقضت المحكمة التأديبية بعدم اختصاصها بنظر الدعوى واحالتها الى المحكمة الابتدائية المختصة لأن المحكمة انتهت من فحصها لهذه القرارات انها لا تتضمن جزاءا مقنعا وان بحثها هذا هو بحث فى القدر الذى يمكنها من الرد على الدفع بعدم اختصاصها الولائى بنظر الدعوى ولما طعن المدعى على هذا الحكم ذهبت المحكمة الادارية العليا الى أنه :

١- يجب قصر اختصاص المحاكم التأديبية بنظر الطعون فى الجزاءات التأديبية الصريحة اما الجزاءات التأديبية التى لم ينص عليها صراحة فان الطعن فيها يكون امام القضاء الادارى أو العادى حسب علاقة العامل بجهة عمله واذا كان القرارين المطعون فيهما هما قرارين بندب المدعى فهما ليسا احدى العقوبات التأديبية المقررة وفقا لقانون العاملين بالقطاع العام .

٢- ان المحكمة التأديبية كى تقضى باختصاصها بنظر الطعن فى الجزاء المقنع فعليها ان تقضى أولا بأن القرار المطعون فيه غير مشروع مع انه من المقرر ان تقضى باختصاصها أولا ثم تفصل فى مدى مشروعية الجزاء وان عبارة الجزاء المقنع تعبير غير دقيق لعيب الانحراف بالسلطة الذى هو احد العيوب التى يجوز الطعن من اجلها فى القرار الادارى بصفة عامة والقول باختصاص القضاء التأديبى بالطعن فى الجزاء المقنع والقرارات السائرة له تعطى مجالات واسعة من شئون الخدمه المدنية يترتب عليها تعطيل اختصاص القضاء العادى أو القضاء الادارى فى بحثه الانحراف

بالسلطة فى القرارات التى يختص بها بدون نص صريح بذلك .

وهذه الفكرة الاخيرة هى التى نود ابرازها هنا ان الجزاء المقنع أو غرض التأديب هو المؤثم لذا فان بحث مجلس الدولة عن حقيقة المراد بقرارات النقل والندب انما كان واجبا ان يتعرض لهذا الغرض ولكن كان لاختصاصه المقيد اثره فى غل يده عن هذه القرارات مما دعاه الى ابتداع فكرة التكييف والجزاء المقنع .

ولكن هذا المثال يوضح لنا كيف يمكن ان تستتر الادارة تحت احد اختصاصاتها لتنسب اختصاصا ليس لها فاذا فعلت هذا فى ظل اختصاص المجلس الحالى فانه يملك ان يلغى قرارها للانحراف لا لعدم الاختصاص لان الفحص هنا تناول نية وغاية مصدر القرار ومثال ذلك ما اذا اتخذت الادارة قرارا بنقل موظف نقلا نوعيا وهذا مما تملكه ولكنها ابتغت عقابه فكانت الوظيفة المنقول اليها تقل ادبيا عن تلك التى نقل منها وبافتراض ان الادارة تملك من الناحية التأديبية خفض درجة الموظف كجزاء توقعه عليه فاذا كشف القاضى ذلك لا يبحث فى مشروعية القرار بوصفه جزاءا تأديبيا ولكن ينتهى الى ان القرار قد كشف عن غرض التأديب وهو غرض لايتفق مع اعطاء المشرع لرجل الادارة سلطة النقل فالالغاء هنا للانحراف وبفرض اختصاص الادارة بهذا القرار المقنع أو الضمنى فهذا لا يعفى قرارها الصريح من عيب الانحراف .

ومن هنا ندرك أنه فى بعض الاحيان تختلط فكرة الاختصاص بفكرة الانحراف لان كشف عيب الانحراف يؤدى فى بعض الاحيان الى جعل بعض القرارات التى تختص بها الادارة ظاهرا غير مختصة بها فى حقيقة

الأمر فالنقل المكانى تختص به جهة الادارة ولا تختص بتوقيع عقوبة خفض الدرجة مثلا والقرار الصادر بنقل موظف فى ظاهرة يدخل في اختصاصها ولكن كشف غرضها الحقيقى يجعلها اصدرت قرارا عقابيا مما لا تختص به ولكننا حين ننتهى الى ذلك فاننا نكون قد كشفنا عن وجود عيب الانحراف فى غاية مصدر القرار لا عيب الاختصاص لان محل البحث هو غاية مصدر القرار وهذه هى منطقة الانحراف بالسلطة .

المبحث الخامس

إثبات الانحراف وسلطة القاضى الادارى

بصرف النظر عن اتساع سلطة القاضى الادارى عن نظيره المدنى أو الجنائى فاننا يمكن ان نعتبر سلطته فى البحث عن عيب الانحراف فى القرار الادارى هو المجال الطبيعى لعمله أي انه يباشر فى نطاق الانحراف بحثه القضائى الحقيقى مثله فى ذلك مثل نظيره الجنائى عند بحثه عن القصد الجنائى فى الجرائم العمدية ومثل نظيره المدنى عند بحثه عن حسن النية وسوءها فى المعاملات المختلفة وعن الاغراض المجافية للصالح العام فى نطاق العقود ولهذا فان سلطات القاضى فى نطاق الانحراف تكون سلطة كبيرة ولكن ليس على حساب سلطة الادارة كما يفعل فى حالات تخصيص الاهداف أو رقابة الوقائع فهو يهدف ببحثه عن الغرض الحقيقى التثبت من وجودركن من أركان القرار لا يتأتى التثبت منه إلا بهذا البحث وهو ركن الغاية وهذا البحث الذى يقوم به لا تستطيع سلطة أخرى ان تباشره كما انه يخضع فى النهاية لمحض تقديره هو ومن هنا كان تخوف الفقهاء من امتداد رقابة القضاء الى بواعث الادارة ونواياها ولكن التحليل الهادئ لسلطته فى هذا المجال توضح انه يباشر عملا خلق له ويرتبط بوظيفته ارتباطا لا يجعله يتدخل فى عمل الادارة .

اننا عندما نستعرض لسلطة القاضى المدنى أو الجنائى سنوضح مدى ما يتمتع به كلاهما من سلطات وهى سلطات استمدوها من نطاق عملهم الوظيفى ولا مجال لتقييدهم فى مباشرتها بقيود خارجية ولا مجال للكلام الا عن قيود ذاتية لهما تحدد نطاق سلطتهما ونقول هنا انهما من خلال

سلطتهما فى تطبيق القانون يستطيعون فرض تصوراتهم عنه وافكارهم وهذا من خلال سلطة لا يمكن تقريرها الا للقضاء وهى سلطة التفسير وتطبيق القانون والقاضى فى بحثه عن الانحراف لا يفرض فكرا او اتجاها معينا وانما يبحث عن الغرض الحقيقى لمصدر القرار عن طريق قرائن موضوعية قائمة وثابته وتقطع كل شك حول اتجاه غرض وغاية مصدر القرار ومن هنا فان البحث القضائى فى الانحراف يقوم على قرائن واسانيد موضوعية تتساند لتوجه القاضى نحو غرض أو غاية مصدر القرار حقا ان البحث هنا دقيق ولكن وسائل الاثبات التى يملكها القاضى تعينه فى هذا المجال اما عن هيمنة القاضى على هذا البحث وانفراده به دون التعقيب عليه فلان كل قرار ادارى يختلف عن الآخر فى ظروف اصداره بما لا يسمح بوضع قواعد منضبطة لاكتشاف الانحراف فى هذا القرار أو ذاك كما ان تعدد صور الانحراف بتعدد الغايات المجافية للصالح العام لا يمكن أن يخضع لتنظيم مسبق ومثل الحالة هنا كمثل حالات بحث القاضى الجنائى عن القصد الجنائى فى كل قضية على حده وهو وحده الذى يملك من خلال وسائله فى الاثبات والاقتناع ان يقرر وجود هذا القصد من عدمه اما القاضى الادارى فهو اقل منه ذاتية فى هذا المجال واكثر موضوعية حيث لا يكفى اقتناعة ليقرر وجود الانحراف انما يجب ان يكون اقتناعه قائما علي عناصر موضوعية يتخذ منها وسائل لاثبات الاغراض الشخصية .

ومن ناحية أخرى لا يجب اهمال غاية مصدر القرار للقول بأن الطابع الموضوعى والواقعى للقرار الادارى يأبى وجود أهمية خاصة لنية مصدر القرار ففضلا عن ان هذا القول يأخذ فى اعتباره ما وصل اليه القضاء الادارى من تطور فى رقابة السبب تغنى عن رقابة الانحراف فانه يتجاهل

الوضع اذا امتنعت رقابة السبب فلا مجال إلا بالبحث فى الانحراف كما ان نية مصدر القرار لها آثارها أيضا فى بعض الاحيان اذا كان القانون يرتب على وجودها آثارا معينة كنية التأديب مثلا تجعل القرار من اختصاص المحاكم التأديبية وتخرجه من اختصاص المحاكم الادارية وفقا لمذهب مجلس الدولة قبل الحكم الاخير الذى اشرنا اليه وأخيرا فإن بحث غرض أو نية مصدر القرار ليس غاية فى ذاته وانما هو وسيلة للتأكد من استهداف القرار للصالح العام .

ان الانحراف ذو أهمية كبرى نظرا لأنه يتعرض لقرارات تبدو فى شكلها الظاهر كما لو كانت قرارات مشروعة تماما وهو يتطلب فحص القرار الادارى من ناحيتين أولا تحديد ما الذى كان يهدف اليه المشرع حين عهد الى رجل الادارة بالاختصاصات التى أصدر قراره تطبيقا لها وثانيا : تحديد الهدف الحقيقى الذى سعى رجل الادارة الى تحقيقه فعلا حينما اصدر قراره وما اذا كان الهدف مطابقا للهدف الذى حدده المشرع أم مخالفا له وهو لذلك بحث على درجة كبيرة من الصعوبة العملية لذا كان هذا هو السبب فيما تميز به عيب الانحراف من أنه عيب احتياطى من ناحية لانه يرد على عنصر أو ركن غير محدد تحديدا دقيقا وهو ركن الغرض ومن ناحية اخرى لانه يتميز بالصعوبة فى البحث عنه .

ولقد كانت الصلة الوثيقة بين الانحراف والاختصاص سببا فيما دعا اليه بعض الفقهاء من أن مجلس الدولة المصرى يمكنه أن يثير مسألة الانحراف بالسلطة من تلقاء نفسه ذلك أن ممارسة رجل الادارة لاختصاصاته ليحقق أهدافا غير تلك التى حددها المشرع ما هو فى الواقع الا نوع من

عدم الاختصاص يترتب عليه عدم مشروعية القرار وهى حالة تعتبر من النظام العام[١].

ومن الفقهاء من يذهب الى إمكانية اثارة القاضى الادارى للانحراف من تلقاء نفسه اذاء ما تحقق من وجودها وظهرت امامه دلائل جديه تشير اليها وبتنفيذ فكرة الربط بين الانحراف والاختصاص على هذا النحو السابق[٢].

واذا كان هذا القول يتفق مع أهمية عيب الانحراف إلا أنه يصطدم بالواقع العملى فقلما يلجأ القاضى الادارى فى فرنسا أو مصر للانحراف لاتساع نطاق رقابته على السبب بما يغنيه تماما عن رقابة الانحراف .

وخلاصة القول أن رقابة الانحراف لدقتها وصعوبتها هى رقابة قضائية تماما والقضاء بممارسته لها يمارس دورا قضائيا لا أعتداء فيه على سلطات الادارة وان القاضى يستعين بعناصر موضوعية وقرائن ثابته عديدة ترشده الى نية الادارة الحقيقية وهذه السلطة المقررة له لا يترتب عليها ما يترتب على سلطته العادية من فرض لرأيه وافكاره مستترا تحت رداء التفسير والتطبيق ولا يترتب عليها ما يترتب على ما وصل اليه القضاء الادارى من تطور فى رقابته على الوقائع الادارى وما ادى اليه من اقحام القاضى فى نطاق الملاءمة وانما هى رقابة يجريها القاضى كحد أدنى للتثبت من ان القرار ليس بالتأكيد محققا للصالح العام وانما بالتأكيد ليست هناك اهدافا لدى مصدره غايته هذا الصالح العام وعليه فكيف يتم اثبات الانحراف ؟

(١) د/ أحمد حافظ عطيه نجم – مجلة العلوم الادارية – العدد الثانى – ديسمبر ١٩٨٢ ص ٩٠ .

(٢) د/ أحمد حافظ عطيه نجم – المقال سالف البيان ص ٩٠ .

ان الاعتبارات التى تحيط بطبيعة عيب الانحراف أدت الى انه اصبح من اشد العيوب صعوبة فى اثباته ، ذلك ان العمل المشوب بالانحراف هو عمل سليم من جميع نواحيه الظاهرة وانه ملازم للسلطة التقديرية كما ان مجلس الدولة وهو بصدد تحرى بواعث الادارة ودوافعها لا يملك أن يأمر باحضار رجل الادارة امامه لاستجوابه كما انه لا يستطيع أن يأمر باجراء تحقيق مع الادارة فى هذا الشأن وذلك راجع الى مبدأالفصل بين الهيئات[١] وعليه لم يبق له الا أن يتلمس دليل الانحراف فى العمل المطعون عليه فى ذاته وفى ملف القضية ومن هذا يبدو ان الدليل يتوقف على الادارة المطعون فى قرارها الى حد كبير[٢] الا أن للقاضى الادارى مجالا واسع لتعذر وجود الانحراف بالسلطة ويختلف تقديره تبعا للحالات والظروف ويرجع ذلك الى طبيعة عيب الانحراف التى سبق ايضاحها فلو كان هذا العيب يمكن استظهاره من القرار نفسه سهلت مهمة القاضى الى حد كبير وانما يستشف هذا العيب من القرائن والظروف والملابسات التى صدر فيها القرار كما ان عدم تحديد محتوى الصالح العام على وجه دقيق يؤدى الى ان القاضى يملك سلطة كبيرة فى استخلاص هذا العيب الخفى الكامن فى نفس رجل الادارة وهذا البحث يعتبر عملا خلاقا من قبل

---

(١) أو بالمعنى الصحيح الفهم الخاطئ لهذا المبدأ بالنظر الى الفصل بين الادارة والقضاء فى حين ان هذا الفصل يؤدى اصلا الى عدم جواز رقابة المشروعية لتعارضها مع هذا الفهم لفصل الهيئات أو السلطات وعليه انتهى بعض الفقهاء الى جواز قيام مجلس الدولة المصرى بإجراء التحقيق اللازم للتثبت من هذا العيب . أنظر : د/ فؤاد مهنا - دروس القانون الادارى والرقابة القضائية على اعمال الادارة ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ٣٢٣ ، د/ فؤاد العطار - القضاء الادارى ورقابته لاعمال الادارة ١٩٦٦ ص ٦٨٧ ، د/ أحمد كمال الدين موسى - نظرية الاثبات فى القانون الادارى ١٩٧٧ ص ٤١٦ ، وانظر احكام مجلس الدولة الفرنسى التى أوردها فى هذا الخصوص.

(٢) د/ الطماوى : المرجع السابق ص ١٤٩ .

القاضى يماثل تماما بحثه عن وجه أو وجوه التعسف فى استعمال الحق أو الانحراف بالحق فى القانون الخاص وعليه يمكن القول أن البحث عن الانحراف يمكن أن يكون بالنظر الى الظروف المحيطة بالقرار ويثبت بقرائن قوية محددة مقنعة تؤيد بعضها بعضا أى بمجموعة القرائن المستمدة على وجه الخصوص من وقت ومكان وظروف اصدار القرار ومن غيره من الظروف السابقة أو المعاصرة أو اللاحقة لصدور القرار سواء تعلقت به أو كانت خارجه عنه[١].

ونظرا للصعوبات المترتبة على عيب الانحراف فى اثباته فان مجلس الدولة الفرنسى تطور فى توسيع نطاق المصادر التى يستقى منها اثباته للانحراف ومنها إثبات وجوده من نصوص القرار ذاته وهو المبدأ الذى كان مجلس الدولة الفرنسى يتمسك به فى أوائل احكامه بالانحراف على ان يكون القرار صريحا ومفصحا عن هذا الانحراف من نصوصه .

ثم تطور قضاؤه بعد ذلك الى امكانية اثبات الانحراف من سائر أوراق الدعوى والقرائن المحيطة بالنزاع ومن ذلك قضاؤه بالانحراف فى احالة المدعى الى المعاش التلقائى بسبب الغاء وظيفة المدعى وكان المدعى قد وجه تهمة الانحراف بالسلطة للادارة لان الهدف الحقيقى من احالته للمعاش هو معاقبته بسبب لجوئه المستمر الى مقاضاه الادارة وكان دليله الوحيد هو مجرد المقارنة بين تاريخ صدور قرار احالته للمعاش وآخر دعوى قام برفعها على الادارة وقد قضى المجلس له بطلباته[٢].

ومن ذلك أيضا رفض وزير الصحة العامة منع المدعى ترخيصا بفتح

---

(١) د/ أحمد موسى : المرجع السابق - ص ٤٢٢ .

(٢) قضية Ridier ١٩٢٦/٦/١٨ - مجموعة سيرى لسنة ١٩٦٦ ص ٦٢٤ .

صيدلية فى منطقة الابيار بالجزائر وقضى المجلس بالغاء القرار للانحراف لان المجلس اكتشف انه بعد ان رفض الوزير طلب المدعى فى ١٩٥٠/٥/٢ وافق لصيدلى آخر فى ١٩٥٠/١٢/٧ بفتح صيدلية فى نفس المنطقة رغم ان احتياجات مكان المنطقة الى صيدلية لم تتغير خلال تلك الفترة[١].

أما مجلس الدولة المصرى فقد تطور قضاؤه تطورا سريعا فى وسائل اثبات عيب الانحراف وكانت القرائن أهم هذه الوسائل للاستدلال على هذا العيب ومن هذه القرئن :

(١) قرينة التفرقة فى المعاملة بين الحالات المماثلة كالاستجابة الى طلب فئة معينة دون أخرى بغير مبرر ظاهر أو اصدار قرار لا يطبق فى الواقع الا على طائفة معينة دون غيرها ومن ذلك ما انتهت اليه المحكمة الادارية العليا[٢] من ان تصرف الادارة الذى لم يقم على سبب معقول والذى انطوى على تمييز بعض الناس على حساب البعض الآخر دون مسوغ مقنع واساس من الصالح العام مما يجعل القرار مشوبا بالانحراف جديرا بالالغاء.

(٢) قرينة ظروف وملابسات اصدار القرار وتنفيذه ومن ذلك ما قضت به المحكمة الادارية العليا ان الثابت من ظروف الحال وملابساته تقطع فى ان نقل المدعى مديرا لمجلة الازهر كان مشوبا بسوء استعمال

---

(١) مجلس الدولة قضية Costainy ١٩٥٧/٢/٢ - مجموعة سيرى - سنة ١٩٥٧ ص ٧٨ .

(٢) حكمها فى جلسة ١٩٦٦/١١/٢٦ - القضية ١٣٦٢ لسنة ١٠ ق . مجموعة احكام السنة الثانية عشرة - العدد الأول .

السلطة اذ انحرف عن الغاية الطبيعية التى ابتغاها القانون من النقل الى غاية أخرى .

وذلك بقصد ابعاده عن تلك المعاهد وحرمانه من مزاياها والترقى في درجاته الى مكان ينفقل عليه والتهرب من مقتضى القضاء الذى انصفه[١] كما ان ملاحقة الجهة الادارية للطاعن على أثر اعتراضه هو وبعض زملائه على بعض التنظيمات الادارية بتوقيع ثلاثة جزاءات عليه فى أيام متوالية ثم منعه من التوقيع بالرغم من ادراج اسمه فى كشوف التوقيع ثم صرفه بعد ذلك من الخدمة كل ذلك يدل على ان القرار انما صدر للتنكيل بالطاعن لانه طالب بحقه فأنصفه القضاء ومن ثم لم يكن الباعث عليه تحقيق مصلحة عامة وبالتالى مشوبا بسوء استعمال السلطة[٢] .

(٣) قرينة انعدام الدافع المعقول اى عدم وجود الدافع أو المبرر المعقول لاصدار القرار الادارى مما يكون قرينة تسهل على المدعى اثبات الانحراف بالسلطة ومن ذلك انه اذا وضعت الادارة قاعدة لاتباعها عند الترقية بالاختيار فلا جناح عليها فى ذلك طالما ان تلك القاعدة تهدف الى تحقيق مصلحة عامة وإلا وقعت فى عيب الانحراف وخضعت القاعدة نفسها لرقابة مجلس الدولة[٣] .

والنتائج التى يمكن ان نستخلصها من هذا العرض تخلص فيما يلى:

أولا : كانت لرقابة السبب اليد الطولى فى رقابة تحقيق القرار

---

(١) الادارية العليا ١٩٦٢/٣/٣١ - السنة السابعة ص ٥٤٤ .

(٢) حكمها - جلسة ١٩٦٢/٣/٢١ - السنة الرابعة ص ٩٤٤ .

(٣) الادارية العليا فى ١٣ مايو - السنة السادسة ص ١٠٤٩ .

الادارى لغرضه وبلغت فى مداها الى درجة بسط القاضى لرقابته فى نطاق الملاءمة المتروك للادارة وكانت فكرة الوقائع هذه هى نتاج محاولات دائبة فى القضاء للتثبت بشكل قاطع من تحقيق القرار الادارى لهدفه وأدت هذه المحاولات الى تدخل القاضى فى عمل الادارة لانه ببساطة اصبح رئيسا لها يوجهها لهذا الهدف دون ان يترك لها سلطة تقديرية فى هذا العنصر ويتساءل احد الفقهاء كيف يعتبر الخطأ فى الواقعة التى استند اليها القرار مخالفة للقانون فى حين ان القانون ذاته فى حالات السلطة التقديرية لم يشترط قيام هذه الواقعة ؟ وكيف تلزم الادارة بوجود باعث كشرط من شروط ممارسة السلطة وتفرضه كقيد على ممارستها لسلطتها فى حين ان القانون قد اطلق سلطتها وتركها حره فى هذا المجال ؟ ان رقابة الوقائع تجد سندها فى طبيعة ركن الغرض الموضوعية التى أدت بالقضاء الى ايجاد وسيلة موضوعية لرقابته فكانت رقابة السبب فهى حيلة أو ذريعة لتبرير احكام المجلس التى ابتدعت هذه الرقابة لتتدخل فى فرض وسيلة موضوعية تؤدى بالقرار لتحقيق الصالح العام(١).

ثانيا : ترتب على هذا المنطق فى استبدال رقابة السبب الموضوعية برقابة الانحراف الذاتية ان دفعت الادارة ثمن هذه الموضوعية وكان ثمنا فادحا اقتطع من نطاق سلطتها التقديرية الركن الاساسى الذى كانت تباشر فيه هذه السلطة وأصبحت خاضعة لتكييفات القاضى لهذه الوقائع بعد أن كانت حره فى فرض التكييف الذى تراه لان المشرع لم يقيدها فى هذا الشأن بل وأصبح وزنها للتناسب بين السبب والمحل لا قيمة له وان القضاء يقيم بنفسه هذا التناسب فظهر لنا جليا ان رقابة الانحراف الذاتية كانت

---

(١) د/ السيد محمد ابراهيم - الرقابة على الوقائع فى قضاء الالغاء - ص ١٧٢ .

قيدا واهيا على الادارة للتحقق من الحد الادنى لرقابة الغرض مع استمرار تمتع الادارة بسلطة تقديرية فى كافة عناصر القرار الادارى وما دامت مستهدفة الصالح العام فلا تترتب عليها فى وزنها للوقائع أو تكييفها لها ولكن رقابة السبب جعلت الرقابة على الغرض تبلغ الحد الاقصى والتأكد من ان القرار سيحقق الصالح العام فعلا ولكن الصالح العام أو الغرض المقيد الذى يفرضه القاضى لا المشرع فعندما يوازن القاضى بين محل القرار وسببه فهو يحل تقديره هو محل تقدير الادارة ويرى فى تقديره هذا دافعا بالقرار الى غايته المحددة فغموض فكرة الصالح وعدم تحديدها كان يعطى الفرصة للقاضى عند رقابة الانحراف أن يعرف بخصوص كل دعوى ما يتناقض معها فهى فكرة مثل سائر الافكار الغامضة أو المبهمة لا تعرف الا بأضدادها فرب الاسرة الحريص مثلا لا يمكن وضع تعريف جامع له ولكن يمكن معرفة التصرف الذى لا يأتيه مثله(١).

فكانت هذه الرقابة تجعل القاضى ملتزما حدوده ولا يتعدى على المجال المحجوز للادارة أما فى حالة رقابة السبب فى حالتها القصوى فقد أصبح القاضى يفرض تصوره على أساس أن هذا التصور سيحقق الصالح العام واذا كانت الفكرة غامضة فهو صالح عام من وجهة نظره فالصالح العام كغرض للقرار الادارى هو خطاب من المشرع الى الادارة لتحقق هذا الصالح العام تحت رقابة القضاء ولكن القاضى فرض بماله من سلطة انشائية ضخمة فى مجال القانون الادارى تصوره عن هذا الصالح العام على الادارة تحت ستار موضوعية الغرض ومن ثم موضوعية اثبات تحققه اما رقابة الانحراف الذاتية التى هاجمها بعض الفقهاء لانه تعطى للقضاء سطة

---

(١) د/ محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا - ص ٢٣٢ .

البحث عن النوايا والتى كانت تحقق للادارة سلطتها التقديرية الواسعة ولا تتغول عليها فقد اضمحلت تحت ضغط التطور القضائى فى رقابة السبب ولقد كانت هذه النتيجة سببا لما انتهي اليه بعض الفقهاء سابقا فى مجال القانون العام من عدم جواز رقابة السبب فى القرار الادارى .

ثالثا : ان تدخل القاضى فى نطاق الملاءمة عن طريق رقابة السبب لا تقتصر خطورته على تدخل القاضى فى عمل رجل الادارة فحسب ولكن تظهر خطورته فى الحالات التى تكون الهيمنة فى الدولة للسلطة التنفيذية على السلطة التشريعية حيث سيكون فى تدخل القاضى مجالا لاصطدام الادارة بالقضاء لأنه اقتحم عليها اخص وظائفها والمتابع لتطورات مجلس الدولة المصرى بعد قيام الثورة والى صدور دستور ١٩٧١ يستطيع ان يكشف عن ذلك الاتجاه فى رقابة السبب وظهور رقابة الانحراف فى حين انه بعد صدور دستور ١٩٧١ وتحقق استقلال المجلس كاملا طغت رقابة السبب حتى اصبحت حالات الانحراف نادرة جدا فى القضاء الادارى ومن هنا نستطيع القول ان رقابة الانحراف تحقق مشروعية اتجاه القرار لغايته بأقل قدر ممكن من الاحتكاك بالادارة لانه فى استخدامه لسلطته فى رقابة الانحراف يستخدم سلطة مخولة له بما لا يتغول بها على المجالات الداخلة فى اختصاص الادارة ومن هنا كان تمتع الادارة بحرية كبيرة قبل ظهور رقابة الوقائع وعندما كان البحث فيها يدخل فى نطاق البحث فى الانحراف وبعد ان استقرت وامتدت النظرية نظرية الوقائع انحسرت رقابة الانحراف الى أقصى درجة .

الباب الثانى

الانحراف بالسلطة التشريعية

مقدمة:

يمكن القول ان نظرية الانحراف فى نطاق القانون الدستورى ليست بالفكرة الجديدة تماما فى هذا المجال بل ان هناك فكرة الانحراف بالدستور أو الانحراف فى استعمال سلطة تعديل الدستور من قبل السلطة التأسيسية لمنشأة وهى فكرة عبر عنها أحد الفقهاء عام ١٩٤٢[١] ومقتضاها ان السلطة التى ينشئها الدستور ويسند اليها اختصاص النظر فى تعديله يمكن أن تستعمل سلطتها فى التعديل بما يخل بالمبادئ الأساسية لروح الدستور القائم أو يخالف روحه ومقتضاه فالجهة المنوط بها التعديل تتبع فى هذا التعديل جميع الاجراءات الدستورية المقررة وتستخدم سلطتها فى التعديل ولكن من خلال التعديل الذى تجريه انما تسعى الى هدم مبادئه الاساسية التى من المفترض ان التعديل الذى يطرأ على الدستور سيدور حول هذه المبادئ والواضح ان ما يتناوله المقال سالف البيان انما يتجاوز ما تقوم ببحثه عن انحراف السلطة التشريعية الى ما هو فوق السلطة التشريعية الى السلطة التأسيسية المنشأة والتى تختص بتعديل الدستور ذاته وقد تكون هذه السلطة هى السلطة التشريعية ولكن بهيئة أخرى وفقا لاجراءات خاصة وهويعرض لهذه الفكرة فى خصوص ثلاث تجارب حدث فيها هذا العيب فى كل من المانيا النازية وايطاليا الفاشية وفى ظل حكومة المارشال بيتان فى فرنسا عام ١٩٤٠[٢]. والواضح انه في الامثلة التى ذكرها ان من وصل

---

(١) Gliet - veaux R. D. P. 1943 paris la fraude a la constitution p11 .

(٢) المقال : سالف البيان ص ١٤٣ .

الى الحكم قد وصل باساليب مشروعة ولكنه يضغط على الهيئة المختصة بالتعديل لحملها على تعديل مبادئ الدستور ويغيرها تغييرا جزريا ، تقوم هذه الهيئة بذلك العمل ولكنها تهدف الى مخالفة روح الدستور الذى تعدله وذلك بان يؤدى التعديل الى الخروج عن هذه الروح كأن تغير الدستور مثلا من دستور ديمقراطى يقوم على أساس احترام مبدأ الفصل بين السلطات الى دستور له سمه ديكتاتورية تركز السلطة فى يد السلطة التنفيذية[١] .

وهذه الفكرة عن الانحراف فى مجال القانون الدستورى تبرر عدة نقاط تفيدنا تماما فى مجال البحث ومنها ان المؤلف استمد جذور فكرته من فكرة الانحراف بالحق أو التعسف فى استعماله فى نطاق القانون المدنى وفكرة الانحراف بالسلطة فى مجال القانون الادارى اى من ذات اساس فكرتنا عن الانحراف التشريعى بل انه يلمح الى الامكانية العملية لنقل هذه الفكرة الى نطاق القانون الدستورى فيذهب فى نطاق اثارته الى عيب الانحراف بالسلطة الادارية الى ان الانحراف بالسلطة الادارية يتحقق فى حالة طاعة القرار الادارى لنصوص القانون ولكنه يخالف روحه واغراضه فاذا كان النص المخالف من قبل القرار الادارى ذو صيغة دستورية فانه يكون هناك غش للدستور[٢] .

ويشير المؤلف أيضا الى تجربة الولايات المتحدة فى رقابة دستورية القوانين وامكانية استخدام سلطاتها فى هذا الخصوص ويضرب مثلا على ذلك الصدام الذى وقع سنة ١٩٣٥ نتيجة خطة الاصلاحات التى اقترحها روزفلت والتى انتهت المحكمة الى عدم دستوريتها لمخالفتها لمبدأ الفصل

(١) المقال : سالف البيان ص ١٤٧ .
(٢) المقال : سالف البيان ص ١٤٣ .

بين السلطات[١] .

ومن أهم ما يمكن ان تلاحظ على المقال أيضا هو أن كثرة عدد أفراد السلطة التأسيسية أو اختلاف افرادها لم يقف عائقا امام المؤلف للقول بالانحراف لأن الضغط المفروض عليها يجعل ما تمليه عليهم السلطة الضاغطة امرا مفروضا[٢] .

وبالرغم من الطابع النظرى لهذا البحث لأنه لا يمكن عمليا ايكال الاختصاص بالنظر فى دستورية تعديلات الدستور الى هيئة ما فان النتيجة الهامة التى يمكن استخلاصها منه هو ان الانحراف هو عيب يشوب جميع الاعمال فى الدولة فهو عيب ملازم للطبيعة البشرية سواء كان هذا البشر متمثلا فى صورة فرد يستعمل حقا له أو فى صورة رجل الادارة يصدر قرارا اداريا أو قاض يحكم بين الناس فليس من المستبعد ان ينحرف عن سلطته الى اغراض خاصة أو فى صورة جماعة سواء كانت الجماعة برلمانا أو اخيرا فى صورة سلطة تأسيسية تختص بتعديل الدستور كما سبق وأوضحنا .

ولكن يمكن القول ان أول من أتى بنظرية محدده وعلى أسس واضحة لفكرة الانحراف التشريعى انما هو المرحوم الدكتور عبدالرازق السنهورى فى مقاله المشهور بذات العنوان وسنعرض لفكرته عن الانحراف التشريعى . الا اننا سنتناول أولا السلطة التقديرية التى للمشرع فى اركان القانون ليس فقط لانها جزء من نظرية د/ السنهورى عن الانحراف التشريعى ولكن لانها المدخل لمعرفة منطقة عيب الانحراف التشريعى .

(١) المقال : سالف البيان ص ١٤٣ .

(٢) المقال : سالف البيان ص ١٤٦ .

الفصل الأول

نظرية الانحراف التشريعى عند د/ السنهورى

المبحث الأول

السلطة التقديرية للمشرع فى أركان القانون

تناول كثير من الفقهاء الفرنسيين عناصر العمل القانونى كعمل ارادى فى مجال بحثهم لمكان ركن السبب بين اركان القرار الادارى ومن ثم حددوا أركان العمل القانونى بصفة عامة باعلان للارادة ومحل وغرض دافع ومركز قانونى ينتج باعلان الارادة وأخيرا وعلى خلاف بينهم وقائع تدفع لصدور هذا العمل[1].

إلا أنه يمكن القول أن الدكتور السنهورى كان له فضل تفصيل عناصر وأركان القانون المختلفة والعيوب التى تكتنف هذه الأركان[2] وذلك لحاجته لهذا البحث ليبرز عناصر السلطة التقديرية فى مختلف أركان القانون ، وقبل أن نتناول أركان القانون والسلطة التقديرية التى للمشرع فى كل ركن فيه نود الاشارة لحقيقة تلتصق بالقانون وتمتزج بطبيعته حيث لا يمكن تصوره الا بها الا وهى العمومية والتجريد .

---

(١) انظر ديجيه : فى مطول القانون الدستورى جـ١ ص ٣١١ ، ٣٠٦ ، وبونار - مقالته فى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٣ ص ٣٦ ، وعن السلطة التقديرية فيدل ورسالته عن فكرة السبب فى القانون الادارى - سنة ١٩٣٤ ص ١٦٨ .

(٢) انظر بحثه عن الرقابة على دستورية القوانين والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ص ٨ وما بعدها - مجلة الدولة السنة الثانية .

الفرع الأول
طبيعة القانون

يتكون القانون من مجموعة من القواعد العامة اى تلك التى لا تتعلق بشخص معين بالذات أو بحالة معينة بالذات بل تتعلق بأفراد الشعب كافة أو ببعض طوائف الشعب بحسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم وعمومية القاعدة لا تعنى أنها تنطبق بالضرورة على كل الناس أو تخاطبهم جميعا بل تعنى أنها لا تخاطب شخصا باسمه ولا تنطبق على واقعة بذاتها فهى لا تميز بين حالة فردية أو حالة فردية أخرى مماثلة مما يدخل فى نطاق تطبيقها فهى تطبق على جميع الحالات الفردية المتماثلة التى صدرت تنظيما لها[1].

والقاعدة العامة هى قاعدة مجردة وصفة التجريد هى التى تضفى على القاعدة صفة العموم فالمقصود بأن القاعدة مجردة أنها عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة وانما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأى شخص أو بأى واقعة ، والتجريد يصاحب القاعدة عند صياغتها والعمومية هى الطريقة التى يتم بها صياغة القاعدة فكون القاعدة عامة مجردة يجعلها قابلة لتطبيقات غير متناهية وغير محصورة فهى لا تستنفذ أغراضها بمجرد تطبيقها على حالة من الحالات الخاضعة لها[2].

والهدف من القول بأن قواعد القانون ينبغى أن تكون عامة مجردة هو

(١) انظر : Roubiar theorie generale du droit 1951 p 23 .
وانظر مقالة الدكتور السنهورى – سالفة البيان ص ٤ .
(٢) انظر : روبير – المرجع السابق – ص ٢٥ ، د/ السنهورى – المرجع السابق – ص ١ .

تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون ومنع التحيز لمصلحة شخص معين أو ضد شخص معين ، ولئن كانت فكرة العمومية والتجرية فكرة فنية مرتبطة بصياغة القاعدة القانونية إلا أنها تعتمد على فكرة فلسفية سياسية مسبقة هي فكرة المساواة أمام القانونى ولذلك فمبدأ سيادة القانون عند آرسطو يتحقق عن طريق صياغة القانون فى قواعد عامة مجردة فالقانون عندما يكون عاما فانه يعبر عن العقل مجردا من الشهوات بخلاف ما اذا كان الأمر للحاكم ليتصرف فى كل حالة معينة بقرار خاص ودون أن يتقيد بأى قاعدة قانونية عامة فانه يستجيب فى هذه الحالة لا لحكم العقل بل لحكم الغريزة والأهواء[١].

وصفتا العمومية والتجريد تنفيان عن التشريع فكرة التحيز ولذلك قيل ان صفة العمومية فى التشريع تسبغ عليه ميزته فى قدرته على حماية الحقوق[٢].

وترتبط صفة العمومية والتجريد باعتبارات عملية مرجعها استحالة صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد فى المجتمع على حده[٣]، ولأهمية صفتى العمومية والتجريد فان القانون يجب أن يستوفيهما فى الصياغة أو فى بعض الحالات قد يعهد الدستور الى المشرع باصدار قوانين تنظم حالات فردية لا تتسم بصفة العمومية ولا التجريد ففى هذه الحالة تكون سلطة المشرع مقيدة بهذه الحالات الفردية فقط ولايجوز له أن ينظم حالات فردية أخرى غير تلك التى حددها الدستور . ولكن هناك حالات

---

(١) انظر عرضا لآراء ارسطو فى مؤلف د/ سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - ص ٤٠ .
(٢) ايسمان القانون الدستورى - الطبعة السابقة - ص ٢١ .
(٣) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٤١ .

معينة قد يختلط فيها الأمر حول توافر شرط العمومية والتجريد فى القانون أو عدم توافره ومن ذلك[١] .

(أ) انه لا يمنع التشريع من أن يكون عاما مجردا أنه لا يطبق بالفعل الا مرة واحدة فقد يحدث ان تشريعا عاما مجرداً ايطبق على حالة فردية واحدة ثم يلغى قبل أن يطبق على حالة فردية أخرى فما دام التشريع قد كان فى ذاته عاما مجردا وقد أعد للتطبيق على جميع الحالات الفردية التى تدخل فى نطاق تطبيقه . فان صفتى العمومية والتجريد تثبتان له ذلك ان العبرة هنا بالقابلية للتطبيق لا بالتطبيق الفعلى وكذلك لا يمنع التشريع من أن يكون عاما مجردا انه يطبق على فرد واحد ما دام قابلا لأن يتكرر تطبيقه على كل فرد يخلفه كذلك يكون عاما مجردا التشريع الصادر بخصوص شخص بالذات بصفات تميزه ما دام هذا التشريع يطبق على كل شخص مثله[٢] .

(ب) وكذلك لا يمنع التشريع من أن يكون عاما مجردا أن يكون تشريعا موقوتا بمدة محددة ومن ذلك التشريعات التى قصد أن يكون تطبيقها فى خلال وقت معين كتلك التى تصدر فى أثناء الحرب وتحدد لها مدة معينة أو ينص فيها على ان تبقى خلال الحرب وكذلك قد يكون التشريع محددا لا بالنسبة الى الزمان بل بالنسبة الى المكان .

ويطبق على جميع الحالات الفردية المحصورة فى ذلك المكان دون تمييز بين حاله وأخرى ودون قصد الى حالة فردية بالذات[٣] .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٤٢ .
(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٤٣ .
(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٤٣ .

(جـ) ولا يمنع التشريع من أن يكون عاما مجردا أن يكون نطاقه محصورا فى طائفة محدودة من الاشخاص أو الوقائع ما دام لا يميز فى هذه الطائفة المحددة بين شخص وآخر أو بين واقعة وأخرى . وما دام لا يقصد به أن يطبق على شخص معين أو على واقعة بالذات فهو عام مجرد فى حدود هذه الطائفة المحددة من الأشخاص أو الوقائع ويورد الدكتور السنهورى أمثلة غديدة لبعض التشريعات المنظمة لطائفة محددة من الأفراد أو الوقائع كي يوضح مدى اتصافها بالعمومية والتجريد ومن ذلك التشريع الصادر فى فرنسا فى ٩ يوليو سنة ١٩٠٧ ويقضى بتسريح مجندى سنة ١٩٠٣ قبل الميعاد القانونى باستثناء مجندى الفرقة السابعة عشرة من فرق المشاة الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ يونيه سنة ١٩٠٧ من منتصف الليل الى ظهر ذلك اليوم . ويذهب الدكتور السنهورى[1] إلى أن هذا التشريع عام مجرد لأنه وان كان لا يطبق الا على طائفة محدودة من الأشخاص هم الذين لم يطيعوا الأوامر فى يوم٢١ يونيه سنة ١٩٠٧ ما دام التشريع لا يميز فى التطبيق بين شخص وآخر من هؤلاء الاشخاص ومادام لا يقصد الي شخص منهم بالذات .

واذا كنا نتفق مع الفقيه الكبير فى امكانية أن يكون التشريع عاما مجردا مع انحصار نطاقة فى طائفة محددة من الأشخاص أو إلوقائع الا اننا نختلف معه فى خصوص ما انتهى اليه من عمومية وتجريد القانون سالف البيان فالقانون يفرق بين المخاطبين به ، فالمخاطبون به هم مجندو سنة ١٩٠٣ الا أن النص قد استثنى منهم بعض اشخاص ارتكبوا افعالا معينة يوم ٢١ يونية سنة ١٩٠٧ وهو لذلك قد فرق بين شخص وآخر فى حدود

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٤٤ .

الاشخاص المخاطبين به وقصد به اشخاص معينون ومعرفون قطعا فلا يمكن الحكم على هذا التشريع بالعمومية والتجريد وفقا للمعيار الذى وضعه دكتور السنهورى نفسه وهو وجوب عدم التمييز بين أفراد الطائفة المحددة المخاطبة بالقانون فاذا جرى التمييز بينهم انتفت العمومية فالدكتور السنهورى اعتبر ان القانون قد خاطب طائفة المجندين الممنوع تسريحهم ولم يفرق بينهم فى حين أن القانون خاطب مجندى سنة ١٩٠٣ ككل ، ومن الأمثلة الصحيحة التى ضربها الدكتور السنهورى عن تشريع يقتصر نطاقة على طائفة محددة من الأفراد والوقائع قانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥١ الذى نص على أنه يؤذن لمن سبق لهم الترخيص بمزاولة مهنة جراح أو طبيب اسنان بالمملكة المصرية وقت العمل بهذا القانون فى ان يستمروا فى مزاولة المهنة ولو لم يتوافر فيهم الشروط المعينة فى هذا القانون وبين ذلك أيضا القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٩ الذى ينص على أن ينقل مستشارو محكمة الاستئناف المختلطة المصريون والمحامى العام الأول عند نهاية فترة الانتقال الى محاكم الاستئناف الوطنية بمرتباتهم التى يتقاضونها وتعتبر أقدمياتهم بالنسبة الى زملائهم فى محاكم الاستئناف الوطنية من تاريخ المرسوم الصادر بتعيينهم فى وظائفهم وذهب الدكتور فى ترجيح عمومية هذا التشريع الى انه يتصور على الاقل ان مستشارى محكمة الاستئناف المختلط المصريين والمحامى العام الأول قد يتغيرون أو يتغيربعضهم من وقت صدور القانون الى نهاية فترة الانتقال فتكون الطائفة التى ينظم القانون شأنا من شؤونها طائفة غير محددة من الاشخاص ويكون القانون بهذا الاعتبار عاما مجردا بالمعنى المألوف[1].

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٤٩ .

ويهمنا هنا أن نشير الى ما أكده الدكتور السنهورى أكثر من مرة من أن التشريع يكون عاما ومجردا حتى ولو كان نطاقه محصورا فى طائفة من الاشخاص أو الوقائع ما دام لا يميز فى هذه الطائفة المحدودة بين شخص وآخر أو بين واقعة وأخرى وما دام لا يقصد به أن يطبق على شخص معين أو على واقعة بالذات . فهذا القصد سيكون مجال بحثنا لنظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية كما سيأتى تفصيله فيما بعد . وعلينا الآن ان نحدد السلطة التقديرية فى اركان القانون المختلفة .

الفرع الثانى

ركن الإختصاص

يذهب الدكتور السنهورى فى ركن الاختصاص الى أن صاحب الاختصاص فى التشريع هو الملك والبرلمان وفقا لدستور سنة ١٩٢٣ (وهو مجلس الشعب ورئيس الجمهورية طبقا لدستور سنة ١٩٧١) والتشريع الذى يختص به البرلمان هو التشريع العام المجرد فالبرلمان لا يختص بالاعمال الادارية الا على سبيل الاستثناء وطبقا لنص الدستور الصريح فى هذا الشأن فمن الاعمال الادارية التى تصدر من البرلمان فى صورة قانون التزام المرافق العامة والاحتكار والعفو الشامل وتلك الأعمال ذكرها الدستور على سبيل الحصر فلا يجوز للبرلمان أن يباشر عملا اداريا غيرها واذا باشره كان هذا العمل باطلا لصدوره من جهة غير مختصة ويضرب د/السنهورى مثلا على ذلك بأن منح الجنسية المصرية لشخص معين هو عمل ادارى لا يجوز ان يصدر بقانون لأن الدستور لم يجعل هذا العمل من بين الأعمال الادارية التى يجوز صدورها من البرلمان ولذلك فان المادة ٧ من القانون ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ م والتى تنص على أنه يجوز دون توافر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٥ منح الجنسية المصرية بقانون خاص لكل أجنبى يكون قد أدى للدولة خدمات جليلة لهذا النص باطل لمخالفته الدستور والقانون الذى يصدر بمنح شخص معين الجنسية المصرية تطبيقا لهذا النص الباطل هو قانون باطل لأنه فى حقيقته عمل ادارى صدر من جهة غير مختصة[١] .

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٢٩ .

فالواقع أن هذه التفرقة ذات أهمية عظمى فى مجال رقابة دستورية القوانين ذلك ان عنصر الاختصاص هو أول العناصر التى يتحقق القاضى الدستورى من قيامها .

وتأخذ التفرقة أهميتها بين القوانين ذاتها الصادرة من السلطة التشريعية فاذا صيغت هذه القوانين بعبارات عامة مجرده استوفت شرط العمومية والتجريد وتصبح صادرة من السلطة المختصة بذلك أما اذا لم تتصف بالعمومية والتجريد فانها تصبح عملا أو قرارا اداريا فاذا نص الدستور على اختصاص السلطة التشريعية به كعقد قرض أو انشاء امتياز أو ربط موازنة كان القانون صحيحا لصدوره من مختص أما اذا صدر فى غير هذه الحالات فهو صادر من غير مختص وتظهر ذلك من صياغته فاذا اتسمت بالفردية والتخصيص كان القانون غير دستورى وحق ابطاله لهذا السبب .

ولا ريب أن المشرع لا يملك سلطة تقديرية فى خصوص عنصر الاختصاص هذا فلا يجوز له أن يحيد عن القواعد المنظمة لاختصاصه والواردة فى الدستور .

وفى داخل عنصر الاختصاص تكون أهم تفرقة هى بين الاختصاص الاصلى للمشرع فى اصدار قوانين عامة مجردة واختصاصه الاستثنائى بإصدار قرارات ادارية أو اعمالا اداريا لا تتصف بالعمومية والتجريد وان كان ذلك فى صورة قانون واذا كانت هذه الاعمال تعد فى شكل قوانين فان موضوعاتها التى لا تتصف بالعمومية والتجريد قد حددها الدستور على سبيل الحصر فاذا خالف المشرع ذلك كان فى ذلك مخالفا للاختصاص ولبس

للمشرع من سلطة تقديرية فى إلباس أى قرار ادارى صورة التشريع فاذا ورد مثل هذا التصرف فى صياغة شخصية محددة كان التشريع مخالفا للدستور لخروجه على قواعد الاختصاص اما اذا ألبس ذلك القرار الادارى صياغة عامة مجردة فان هذه هى منطقة الانحراف بالسلطة التشريعية كما سيأتى البيان .

الفرع الثالث

ركـــــن الشكل

وركن الشكل يعنى فى نطاق القانون الدستورى الاجراءات التى يجب اتباعها لاستصدار القانون من البرلمان وهذه الاجراءات مدونة فى الدستور ومنها أنه لا يصدر قانون الا اذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك[(١)] وأن لرئيس الجمهورية حق اصدار القوانين أو الاعتراض عليها[(٢)] ومن ذلك أنه اذا اعترض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الشعب رده اليه خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه فاذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد اعتبر قانونا وأصدر واذا رد فى الميعاد المتقدم الى المجلس وأقره ثانية بأغلبية أعضائه اعتبر قانونا وأصدر[(٣)] وأنه لا يكون انعقاد المجلس صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين وذلك فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المناقشة فى شأنه مرفوضا[(٤)] وان مدينة القاهرة هى مقر مجلس الشعب ويجوز فى الظروف الاستثنائية أن يعقد جلساته فى مدينة أخرى بناء على طلب رئيس الجمهورية أو أغلبية المجلس احتجاج مجلس الشعب فى غير المكان المعد له غير مشروع والقرارات التى تصدر فيه باطلة[(٥)].

---

(١) مادة ٢٥ من دستور سنة ١٩٢٣م .

(٢) مادة ١١٢ من دستور سنة ١٩٧١م .

(٣) مادة ١١٣ من دستور سنة .

(٤) مادة ١٠٧ من دستور سنة ١٩٧١م .

(٥) مادة ١٠٠ من دستور سنة ١٩٧١م .

والنص أيضا على أن يحال كل مشروع قانون الى احدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه على أنه بالنسبة الى مشروعات القوانين من أعضاء مجلس الشعب فانها لا تحال الى تلك اللجنة الا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لابداء الرأى في جوازنظر المجلس فيها[١] وعلى أن كل مشروع قانون أعترض أحد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه فى نفس دوره الانعقاد[٢] وتنص المادة ١٠٦ على أن جلسات مجلس الشعب علنية ويجوز انعقاده في جلسة سرية بناء على طلب رئيس الجمهورية أو الحكومة وبناء على طلب رئيسه أو عشرين من أعضائه على الأقل ثم يقرر المجلس ما اذا كانت المناقشة فى الموضوع المطروح أمامه تجرى فى جلسة علنية أو سرية[٣].

ومن هذه الاجراءات ما هو جوهرى بحيث يترتب على أغفاله بطلان التشريع لتخلف ركن الشكل فيه ومنه ما هو غير جوهرى .

فمن الحالات الجوهرية[٤] اذا نظر المجلس مشروع قانون فى غير دور الانعقاد كان القانون الصادر عنه باطلا كذلك اذا اجتمع المجلس فى غير المكان المعد له وأقر مشروع قانون واذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه وأقر تشريعا كان هذا التشريع باطلا واذا أقر المجلس مشروع قانون دون أن تسبق احالته إلى اللجنة المختصة أو إذا رد رئيس الجمهورية مشروع القانون ثم أقر المجلس مشروع القانون مرة ثانية

---

(١) مادة ١١٠ من دستور سنة ١٩٧١م .

(٢) مادة ١١١ من دستور سنة ١٩٧١م .

(٣) مادة ١٠٠ من دستور سنة ١٩٧١م .

(٤) هذه الحالات مقارنة بتلك التى أوردها د/ السنهورى فى مقاله غير اننا نطبقها على دستور سنة ١٩٧١ ، انظر د/ السنهورى - مقاله - سالف البيان ص ٣٢ .

فى الدور نفسه بالأغلبية المطلقة لأعضائه دون الأغلبية الخاصة التى يتطلبها الدستور .

أما الحالات غير الجوهرية التى لا يترتب على عدم مراعاتها البطلان فمنها اذا اقترح أحد أعضاء البرلمان مشروع قانون ولم يحله على لجنة الاقتراحات قبل احالته الى لجنة الموضوع ويرى د/ السنهورى أنه إذا اقترح عضو البرلمان مشروع قانون ورفضه البرلمان فاذا قدم المشروع ثانية فى دور الانعقاد نفسه بالمخالفة لنص الدستور التى توجب عدم تقديمه لهذا المشروع فى ذات دور الانعقاد فان التشريع لا يكون باطلا لأن المادة المانعة لذلك انما هى خطاب من الدستور لعضو البرلمان الذى قدم المشروع ينهاه فيه عن اقرار المشروع فى دور الانعقاد نفسه اذا كان البرلمان قد رجع عن رأيه فى المشروع ورأى اقراره[١] .

ونحن نرى أن التفرقة بين الاجراءات الشكلية الجوهرية والاجراءات الشكلية غير الجوهرية لا يمكن أن تقوم ازاء نصوص الدستور المحددة لاجراءات شكلية معينة لاصدار القانون ذلك أن كل ما ورد فى الدستور هو من الاجراءات الجوهرية التى يترتب على تخلفها البطلان فمهما كانت هذه الاجراءات فى ظاهرها فهى تؤثر على عملية اصدار القانون فنص الدستور على اجراء معين يجب أن يحترم وإذا كانت هذه الاجراءات فى نظر الشارع الدستورى غير ذات أهمية لما نص عليها فى الدستور ذاته ولترك للائحة الداخلية لمجلس الشعب أن تقرر اجراءات اصدار القانون ومن ناحية أخرى فان التفرقة بين ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى يترك الفرصة لمزيد من التحكم من قبل المحكمة الدستورية لتقرر هى الشكل

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٣٧ .

الجوهري الذي يترتب على تخلفه البطلان والذي لا يترتب عليه ذلك وأخيراً فان الشارع الدستوري يعلم ما في عملية التشريع من اعتماد اساس على اللجان التي تقوم ببحث القوانين وكتابة تقارير عنها كما أن هذه اللجان تتولى صياغة التشريع ذاته وأنه من الأمور المألوفة ألا يمتاز جميع أعضاء مجلس الشعب بدرجة ثقافة تؤهلهم لتمحيص كل نص في القانون . ولا يمكن تصور قدرة أعضاء البرلمان عموما على الموازنة بين نصوص القانون المطروح للمناقشة والقوانين الأخرى وبين هذا القانون ذاته ونص القانون السابق المراد الغاؤه فأعضاء البرلمان لم ينتخبوا من طبقة معينة ذات ثقافة محددة في هذا المجال لذلك أحاط الشارع الدستوري القوانين الصادرة من البرلمان باجراءات شكلية تسعى بقدر كبير الى جعل القانون مبرأ من عيوب الصياغة وعيوب امكانية تضاربه مع غيره من القوانين فيما قد يبدو اجراء غير جوهري كان للشارع الدستوري منه هدف معين ومن ذلك أن في حالة مشروع القانون المقدم من أحد أعضاء البرلمان الى لجنة اقتراحات قبل احالته الى لجنة الموضوع هي عملية بهدف الدستور منها الى زيادة الرقابة على هذه المشاريع لأن أصحابها لا يملكون ما تملكه الحكومة من جهات قادرة على صياغة مشروع القانون صياغة صحيحة ومرور المشروع على لجنتين يقلل بالتأكيد مما قد يصيبه من عيوب كما أن تقديم نص المشروع الى البرلمان في ذات دورة الانعقاد بعد رفضه يبرز احتمال الموافقة عليه مرة أخرى مما قد يسبب اهتزاز صورة البرلمان بوصفه يمارس عمله وفقا لمعايير وضوابط معينة ثابته لا تتغير في هذه المدة الوجيزة وهذه الشبهة شبهة تغير المواقف والآراء سريعا هي التي يحاول الدستور أن يبرأ منها البرلمان أو يحميه منها على الاصح فعملية اصدار القانون هي في النهاية

عملية تصويت عليه والتصويت على القانون ووفقا لطبيعة تكوين البرلمان - أى برلمان - يعتمد على المشروع المقدم وفقا للصياغة والتقرير المقدم من اللجنة المختصة فالدستور يهدف الى كفالة الظروف الصحيحة لامكان صدور قانون مبرأ - الى درجة كبيرة - من العيوب وأهمها عيوب الصياغة.

وعلى كل فالعيوب الشكلية فى القانون من السهل اكتشافها لعلنية جميع الإجراءات الشكلية هذه وفى ذلك تذهب المحكمة الدستورية العليا[1] الى أنه من الثابت من ديباجة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ م أنه صدر بعد موافقة مجلس الرياسة وموافقة رئيس الدولة ونشر فى الجريدة الرسمية فانه يكون قد استوفى الشكل الدستورى للقوانين بحيث لا ينال من سلامته ما ينسبه اليه بعض أعضاء مجلس الرياسة من أقوال مرسلة لم يقم عليها دليل .

وننتهى من هذا العرض أن كلا من ركنى الاختصاص والشكل ليس فيها ثمة سلطة تقديرية أو انها خارج نطاق السلطة التقديرية للمشروع .

---

(١) المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٧ لسنة ١ من دستورية جلسة ١٩٨١/٢/٧ - احكام المحكمة الدستورية العليا - الجزء الأول .

الفرع الرابع

ركن المحـــــل

يمكن تعريف محل القانون بأنه الاثر القانونى المترتب عليه فهو جوهر القانون ومادته فهو الركن الذى يترجم إرادة مصدر القانون الى وقائع ولا تفترق الحالة القانونية فى القرار الادارى أو القانون سوى فى مدى السلطة التى يتمتع بها كل من المشرع وجهة الادارة فى انشاء الحالة القانونية أو تعديلها أو الغائها كما أنه نتيجة عمومية القاعدة القانونية فإن أثرها يتصف بالعموم أيضا على العكس من القرارات الادارية التى وان كان بعض القرارات اللائحية فيها يتصف بذلك الا أن الاغلب الأعم من قرارات الادارة هو قرارات فردية تتمثل آثارها بانشاء حالة أو تعديلها أو الغائها لمصلحة فرد أو أفراد معينين أو ضدهم ونتيجة لهذا فإن القرارات الادارية الفردية ينبغى كقاعدة عامة تكاد تكون مطلقة أن تصدر بالمطابقة للقواعد القانونية التى تعلوها وتنفيذا لها كما ان اللوائح الصادرة عن الادارة بما تتضمنه من قواعد عامة لا يمكن ان تكون علاقتها علاقة مطابقة بالقواعد القانونية التى تصدر بموجبها وانما يمكن أن تصدر دون الاستناد الى قواعد قانونية معينة كاللوائح المستقلة الا أن التشريع يتميز بأنه لا يخضع سوى للقواعد الواردة فى الدستور أو بمعنى أدق لا يجب أن يخالف الدستور أما اللوائح فيجب ألا تخالف كلا من الدستور والقانون فالاصل بالنسبة للتشريع أنه لا يجوز أن يخالف الدستور فى محله فللمشرع سلطة تقديرية في خصوص محل قانونه على ألا يخالف الدستور فالالتزام المعروض عليه فى هذا الخصوص هو التزام سلبى .

وعليه فإن المشرع ليس عليه التزام بأن يدخل بسلطته فيصدر القوانين أولا نتدخل فلا يصدرها فلا يمكن الطعن على امتناع المشرع عن اصدار قوانين معينة لانه لا الزام عليه باصدار أية قوانين فى وقت محدد وهذه منطقة سلطة تقديرية له كما أن له فى نفس الوقت أن يختار وقت اصدار القانون ولا طعن عليه فى ذلك وأخيرا فله اختيار فحوى القانون على ألا يكون مخالفا للدستور وهذه المخالفة للدستور قد تكون مخالفة مباشرة له ومن ذلك نص المادة ٤٠ من دستور سنة ١٩٧١ على أن المواطنين لدى القانون سواء وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الاصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة فاذا صدر تشريع يعفى طائفة من المصريين من واجب من الواجبات العامة أو يعطيهم امتياز على غيرهم من الطوائف كان تشريعا باطلا[١].

كما يمكن أن تتخذ مخالفة المحل للدستور صورته الشائعة وهى الخطأ فى تفسير القاعدة الدستورية فالخطأ فى التفسير فى تفسير الدستور يترتب عليه خطأ فى محل القانون .

وقد تناول د/ السنهورى بحث عنصر أو ركن المحل فى القانون فذهب الى أنه حتى يكون عمل التشريع غير مخالف للدستور بالاضافة الى عدم مخالفته لنص من نصوص الدستور ألا يخالف مبدأ الفصل بين

---

(١) نص هذه المادة يرجع الى نص المادة ٣ من دستور سنة ١٩٢٣ مع النص على ان المصريين وليس المواطنين وتطبيقا لهذا النص شار البحث حول دستورية اعفاء العربان من الخدمة العسكرية ورفضت محكمة القضاء الادارى هذا النص لمجافاته للدستور . انظر مقالة د/ السنهورى - المرجع السابق ص ٥٤ . وكذلك النصوص المطرده فى الدساتير المصرية على أن حرية الاعتقاد مطلقة فعرض مذهب أو دين معين على الناس يعد مخالفا لهذا النص .

السلطات بأن يكون التشريع عاما مجردا[١].

ويذهب د/ السنهوري في معرض بيانه للفرق بين وجوب كون محل القانون عاما مجردا وبين الحالة التي سردناها عند بحث ركن الاختصاص من أن البرلمان إذا أصدر قرارا فرديا في غير الحالات التي نص عليها الدستور كان القرار باطلا فذهب الى أننا نعرض هنا لعمل يصدر من البرلمان على أنه تشريع لا على أنه قرار فردي فيجب أن يكون هذا العمل متفقا مع طبيعة التشريع في عمومه وتجرده والا كان باطلاً لعيب في المحل أما هناك (ويقصد حالة الاختصاص) فكنا نعرض الى عمل يصدر من البرلمان على أنه قرار فردي لا على انه تشريع فيجب أن يكون هذا العمل داخلا ضمن القرارات الفردية التي جعلها الدستور على سبيل الاستثناء من اختصاص البرلمان وألا كان باطلا لعيب في الاختصاص[٢].

والحق أنه يبدو لنا أنه لا أساس للتفرقة بين الحالتين فالأصل أننا أمام تشريع صادر من البرلمان سواء كان هذا التشريع ينظم حالة من الحالات الفردية التي أختص بها الدستور والبرلمان بها كالتزامات المرافق العامة مثلا أو ينظم موضوعا ما بصفة عامة مجردة ففي كلتا الحالتين نكون ازاء تشريع صادر من البرلمان فاذا كان التشريع ينظم حالة فردية لا تتصف بالعمومية والتجريد فان أول ما نرجع اليه هو الاعمال الفردية بطبيعتها التي أوكل الدستور الى المشرع تنظيمها فاذا كان من هذه الأعمال فالتشريع صادر من مختص اما اذا لم يكن كذلك فهو صادر من غير مختص وكان معيبا بعدم الاختصاص لا يعيب المحل وأساس ذلك أن

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق - ص ٣٨ وما بعدها .
(٢) د/ السنهوري : المرجع السابق - ص ٤٠ .

الدستور حين نص على بعض المسائل التى هى فى حقيقتها تعتبر حالات خاصة لا تتسم بالعمومية والتجريد فقد أراد أن يختص البرلمان بها لما لهذه المسائل من أهمية خاصة فاذا لم يكن الدستور قد أوكل الى المشرع تنظيمها لاختصت بها السلطة التنفيذية لأن المشرع لا يجوز له الخروج عن قاعدة العمومية والتجريد فى تشريعاته حتى لا يخرق قاعدة المساواه التى تنص عليها الدساتير صراحة أو ضمنا فهى من مقتضيات هذه القاعدة كما أن قاعدة العمومية والتجريد ملتصقة بالقانون حتى أنه لا يجوز تعريفه إلا بها وبغيرها يغتصب المشرع اختصاصات السلطة التنفيذية ويخرج على مقتضى الدستور ومن هنا كانت النصوص الدستورية التى تخوله تنظيم بعض حالات فردية مثل العفو الشامل أو التزامات المرافق العامة أو الاحتكار فنحن نبحث توافر هذا الشرط (العمومية والتجريد) فى عنصر الاختصاص لا المحل ولا نتصور تشريعا صادرا من البرلمان على أنه قرار فردى فكل ما يصدر عن البرلمان من تشريعات هى صادرة عنه بصفتها تشريع وليس هناك تصنيف لها بعضها كقرارات فردية وبعضها كقوانين حتى يتسنى التفرقة بينها فى العيب الذى يصيبها والامثلة التى يضربها د/ السنهورى لكلتا الحالتين تؤيد وجهة النظر هذه فالمثل الذى ضربه التشريع صادر من غير مختص أن تشريعا يصدر بمنح الجنسية لفرد معين فهنا يكون التشريع باطلا لأن منح الجنسية هنا لشخص معين هو عمل ادارى صدر من جهة غير مختصة ولا يكتسب شخص الجنسية الا بمقتضى قواعد عامة مجرده يضعها البرلمان[١] ويضرب مثلا لتشريع مخالف للدستور فى محله ومن ذلك القانون الصادر فى فرنسا فى ١٣ يوليو سنة ١٩٠٦ م ويقضى باعادة ضابط بالذات اسمه بيكار من الاستيداع الى

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٢٩ .

الخدمة العامة فهذا التشريع باطل لمخالفته الدستور فى محل لأن محله لم يكن قاعدة عامة مجرد[١]. ومن هذين المثالين يتضح أن شرط العمومية والتجريد هو شرط اختصاص وليس شرط محل فبمجرد صدور التشريع سالف البيان والقاضى بإعادة ضابط معين الى الخدمة يثور البحث عن مدى اختصاص البرلمان باصدار مثل هذا القرار الفردى فى صورة تشريع ولا نستطيع أن نحكم باختصاص البرلمان بذلك ثم نعود ونبطل القانون لمخالفة محله للدستور ذلك أن مسألة الاختصاص تسبق فى بحثها مسألة المحل فان هناك قرارات فردية يختص باصدارها البرلمان فى صورة قوانين ولا ريب أن هذه التفرقة بين الاختصاص والمحل سيكون لها أهمية قصوى فى خصوص فكرة الانحراف حيث يستند المشرع وراء صياغته العامة المجردة ليستر قصده الى حالة فردية بالذات أى أن أثر التشريع هنالك يصيب الا حالة فردية واحدة على خلاف الاصل فى أن التشريع تكون اثاره عامة على سائر المخاطبين به فهنا ستر المشرع عيب الاختصاص والمحل تحت ستار قاعدة عامة مجردة ولذلك كان للانحراف فضل الكشف عن هذه المخالفة وهذه الحالة هى التى يقصدها د/ السنهورى لأنه عرض لها بعد ذلك كأحد وجوه الانحراف وهو ما سنتناوله فيما بعد . ويذهب د/السنهورى إلى أن مخالفة ركن المحل لا تتحقق الا بمخالفة نص من نصوص الدستور التى ترسم للمشرع سلطة محددة وهى التى تندرج فيما انتهينا اليه من أنه من صور مخالفة التشريع للدستور مخالفة مباشرة.

وهناك ركنين آخرين للقانون هما ركن السبب وركن الغاية واذا كنا سنرجئ البحث فى ركن الغاية حتى نحقق ذلك الركن فى الفصل الخاص

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٤١ .

بعيب الانحراف فاننا سنتناول ركن السبب مع ملاحظة ان الدكتور السنهورى لم يتطرق الى هذا الركن ذلك انه يدمج السبب فى الغاية لأن أسباب التشريع توجد عادة فى مذكرته الايضاحية أو ديباجته أو الاعمال التحضيرية حيث تكشف هذه الاعمال عن الغاية منه أو تعين على ذلك[1] ولكن سنلاحظ أن هذا الادماج له أسبابه الأخرى التى سنوضحها .

واذا كان الدكتور السنهورى قد أدمج عنصر السبب فى الغاية لأنه يأخذ بمعيار موضوعى لهذه الغاية ومن ثم لعيب الانحراف فى حين أننا نتجه اتجاها آخر فى هذا الخصوص وتختلف معه جذريا فى ذلك بالاضافة إلى أننا فى معرض بيان حدود وضوابط رقابة القاضى الدستورى لابد من إبرازعناصر التقييد أو التقدير فى ركن السبب فى القانون وهو من أهم أركانه وموضع سلطة المشرع الاساسية عكس سلطة الادارة فى خصوص هذا الركن وينعكس ذلك بدوره على مدى السلطة التقديرية للمشرع وتلك الممنوحة لرجل الادارة فى هذا الركن بالذات بالاضافة إلى أن مزج الركنين عنده من ثمار الفكرة المدنية عن السبب التى تجعله بمثابة الغاية من التصرف لذلك بحث عنه د/ السنهورى فى ركن الغاية كما سيأتى فيما بعد أما نحن فنتناول هذا الركن وفقاً لما انتهى اليه القضاء الادارى من أنه يكون عنصر الوقائع المبررة لاصدار القرار فما هى طبيعة هذا الركن أى الوقائع المبررة لاصدار القانون فى النطاق الدستورى ؟ وما مدى صحة ما انتهى اليه د/ السنهورى من دمج عنصر السبب فى الغاية ؟

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٧ .

الفرع الخامس

ركن السبب

السبب فى القانون اذا قارناه بالقرار الاداری فهو الحالة الواقعية أو القانونية التى تدفع لصدوره ، واذا تصورنا فى مجال المقارنة بين القرار الادارى والقانون مدى ما يتمتع به رجل الادارة والمشرع من تقدير فى هذا الركن نجد انه يظهر الفارق الحقيقى فى السلطة التقديرية التى للمشرع فى خصوص قانونه فالسلطة التقديرية سواء بالنسبة للقرار الادارى أو القانون انما تكمن فى هذا الركن ، ولقد عرضنا لتطور فكرة السبب فى القرار الادارى وهى تلك الفكرة التى ابتدعها القضاء الادارى ليتمكن من بسط رقابته الموضوعية على تحقيق القرار لغايته وأستعيض بها عن عيب الانحراف بالسلطة وهو ما أدى بالقضاء الى بسط رقابته على مجال الملاءمة المتروك للادارة وهذه الرقابة هى ابتداع لمبدأ عام فى مجال القانون الادارى وهى لذلك نابعه من طبيعة القضاء الإدارى الانشائية أما فى نطاق القانون الدستورى فليس لدينا هذا المبدأ العام كما أن فكرة الوقائع لا تلعب فى مجال القانون نفس الدور الذى تقوم به فى مجال القرار الادارى ، فاذا كانت لها اليد الطولى فى مجال القرار الادارى لأنها تتعلق بأمور واقعية يأتى القرار مستندا عليها الا أن القانون ليس مرتبطا بقيام وقائع موجودة فعلا تدفع لاصداره فطبيعته العامة تجعله يمكن أن ينظم أمورا لا تقوم عليها شواهد من الواقع وانما يتولى تنظيم سياسة مستقبلية ، واذا كانت هناك من القوانين ما يقوم مستندا على واقع معين فهذا الواقع ليس هو العنصر الأساسى الدافع لاصدار القانون بل أن إرادة المشرع هى التى تكسبه هذه الصفة فالمشرع يملك أن يأخذ بهذا الواقع أويهمله هذا من الناحية الفنية ، أما من ناحية طبيعة الرقابة القضائية على دستورية

القوانين فلا يمكن السماح للقاضي الدستوري أن يتدخل في مجال متروك أصلا لسلطة المشرع التقديرية فيرغمه تحت ستار تكييف الوقائع على الانقياد لتكييفه هو(أي القاضي الدستوري) أو أن يوائم بين محل القانون وسببه وتلك هي منطقة الملاءمة المحظور عليه التدخل فيها ، وعليه وكأننا بذلك نعود بدور القاضي الدستوري الى دور القاضي الاداري قبل ظهور رقابة السبب أي أنه لا يراقب من الأسباب الا تلك التي يحددها الدستور أما اذا لم يحدد الدستور سببا فلا مجال لرقابة السبب في القانون و تبرز هنا من ثم الرقابة الأصلية والوحيدة التي تقع - في حالة تخلف رقابة السبب - على غاية مصدر القرار للتثبت من تحقيقها للصالح العام وهي رقابة الانحراف ، ومن الأمثلة على امكانية رقابة السبب في القانون نص المادة ١٠٨ من دستور سنة ١٩٧١ في مصر حيث تنص على أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة . وأن تعين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها وكذلك تنص المادة ١٤٧ من ذات الدستور على أنه إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون . فالدستور هنا قد حدد سبب اصدار رئيس الجمهورية لقرارات لها قوة القانون وهو وجود وقائع على درجة عالية من الخطورة وتتصف هذه الوقائع بأنها تمثل طرفا استثنائيا فوجود هذه الوقائع وتكييفها على هذا النحو هو السبب لاصدار رئيس الجمهورية قرارت لها قوة القانون ولهذا يجب ان تنبسط رقابة القاضي الدستوري على هذه

الوقائع للتثبت من وجودها وتكييفها حتى يتسنى له البحث فى دستوريتها أو عدم دستوريتها لأن الدستور بتحديده للسبب فى اصدار قرارات لها قوة القانون قد جعل سلطة المشرع فى هذا الخصوص سلطة مقيدة وليست تقديرية ، ولذلك فان المحكمة العليا عندما قضت بأن المشرع الدستورى خول رئيس الجمهورية بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية سلطة اصدار قرارات لها قوة القانون وترك له تقدير حالات الضرورة التى تستدعى صدور هذه القرارات فانه قد ترك له تقدير هذه الحالات ومن ثم تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة استعمال هذه الرخصة التشريعية الاستثنائية المخولة له على أن يكون استعمالها تحت رقابة مجلس الشعب فاذا عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية وأقرته فلا معقب عليها فيما تراه بشأن قيام حالة الضرورة التى ألجأت السلطة التنفيذية الى اصداره[١].

هذا القضاء لا يقوم على أساس سليم من تطبيق الدستور وانما خلطت المحكمة بين رقابتها للتحقق من شرط وارد بالدستور وبين رقابة الملاءمة فرئيس الجمهورية لا يملك استعمال سلطته هذه الا اذا توافرت الظروف الاستثنائية التى جعلها الدستور سببا لاصداره القرار بقانون واذا لم تتوافر فقد القرار بقانون شرطه المقرر بالدستور ووقع باطلا والقضاء هو الذى يتحقق من توافر هذا الركن - ركن السبب - وتكييفه وموافقة البرلمان على القرار الجمهورى بقانون لا تطهره من عيبه اللاحق به وانما يصبح القرار الجمهورى بقانون بعد موافقة البرلمان عليه قانونا فاقدا لركن السبب فالعيب اللاحق به لن تستطيع موافقة البرلمان ان تزيله عنه نظرا لان كل ما

(١) المحكمة الادارية العليا - جلسة أول أبريل سنة ١٩٧٢ - دعوى رقم ١١ لسنة ١ ق - مجموعة احكام المحكمة العليا ص ٢٨٢ .

يترتب على باطل فهو باطل والقرار الجمهورى صدر مخالفا للدستور فتظل هذه المخالفة لاحقة به والقول بغير ذلك معناه الترخيص للبرلمان بالخروج على أحكام الدستور وأن تكون كلمة البرلمان فى دستورية القانون أو عدم دستوريته هى القول الفصل وهو ما يتنافى مع مقتضى الاخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ولذلك فإن المحكمة العليا قد طبقت صحيح أحكام الدستور حين راقبت صحة القرار بقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ بتشديد العقوبة على الراشى والمرتشى وذهبت الى ان تقدير الضرورة لا يخضع لمعيار ثابت وانما يتغير بتغير الظروف وانتهت الى أن الظروف التى صدر فيها هذا القانون قد اقتضت الاسراع باصداره حفاظا على أمن الدولة الاقتصادى وعليه فيكون رئيس الجمهورية اذ أصدر التشريع المشار اليه فى تلك الظروف غير مجاوز لحدود سلطته التقديرية فى هذا الشأن[١]، فالمحكمة راقبت وجود الوقائع وتكييفها فى هذه الدعوى بالرغم من أن هذه الرقابة أقرب الى الصورية ذلك أنه ليس هناك ثمة ظروف طارئة يمكن أن تدفع الى صدور قرار بقانون لتشديد عقوبة الرشوة فى غيبة البرلمان .

وقد اتبعت المحكمة رقابة أكثر صرامة على قوانين التفويض فذهبت الى أن القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ صدر بناء على الظروف الاستثنائية التى سادت فى ذلك الوقت والتى كانت تنذر باندلاع الحرب بين مصر واسرائيل وبتعرض البلاد لخطر يهدد كيانها وآمنها وسلامتها وقد نشبت الحرب فعلا عقب صدور قانون التفويض ببضعة أيام أى أنه صدر فى ظروف تبرره[٢] .

---

(١) المحكمة العليا - مجموعة أحكام وقرارات المحكمة - الجزء الثانى - جلسة أول ابريل سنة ١٩٧٨ - الدعوى رقم ١١ لسنة ١٧ ق عليا ص ٣٣ .

(٢) المحكمة العليا - جلسة ٥ ابريل سنة ١٩٧٥ دعوى ٩ لسنة ٤ ق عليا .

ولقد مدت المحكمة الدستورية العليا رقابتها الجادة الى وقائع القرارات بقانون التى تصدر فى غيبة مجلس الشعب وأعملت فى شأنها صحيح حكم الدستور حيث راقبت مدى توافر الوقائع المبررة لصدور القرار بقانون فى غيبته مجلس الشعب فهى قد بسطت رقابتها على وجود الوقائع وعلى تكييفها ولكن تم ذلك فى نطاق السلطة المقيدة التى للمشرع بنصوص الدستور فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا[1] الى أن المستفاد من نص المادة ١٤٧ من الدستور أنه لاعمال الرخصة الاستثنائية التى أولاها الدستور لرئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون فى غيبة مجلس الشعب أن تتهيأ خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتمل التأخير الى حين انعقاد مجلس الشعب باعتبار ان تلك الظروف هى مناط هذه الرخصة وعلة تقريرها وتمتد رقابة المحكمة الدستورية الى هذا الشرط لتتحقق من قيامه باعتباره من الضوابط المقررة فى الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات شأنه فى ذلك شأن الشروط الأخرى التى حددتها المادة ١٤٧ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة استنادا اليها على مجلس الشعب للنظر فى اقرارها أو علاج آثارها وعلى هذا فإن أسباب صدور القرار بقانون محل الدعوى وحاصلها مجرد الرغبة فى تعديل قوانين الاحوال الشخصية بعد ان طال الامد على العمل بها رغم ما استجد من تغيرات فى نواحى المجتمع وان جاز ان تندرج فى مجال البواعث والاهداف التى تدعو سلطة التشريع الاصلية الى سن قواعد قانونية جديدة أو استكمال ما يشوب التشريعات القائمة من قصور تحقيقا لاصلاح مرتجى الا انه لا تتحقق بها

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا - فى ١٩٨٥/٥/٤ رقم ٢٨ لسنة ٢ من دستورية .

الضوابط المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من الدستور ذلك أن تلك الأسباب تفيد أنه لم يطرأ خلال غيبة مجلس الشعب ظرف معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التى تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التى خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المسار إليها ومن ثم فان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ اذ صدر استنادا ابى هذه المادة وعلى خلاف الاوضاع المقررة فيها يكون مشوبا بمخالفة الدستور .

وقد ذهب احد الفقهاء تعليقا على هذا الحكم[1] الى أنه يندرج في هذه الظروف التى تدعو رئيس الجمهورية الى اصدار قرارات بقانون فى غيبة مجلس الشعب كل حالة قانونية أو واقعية تتسم بالجدية أى ليست ذات أهمية ثانوية وتكون قائمة في غيبة مجلس الشعب وتدعو الحاجة الى مواجهتها تشريعيا سواء كانت حالة طارئة أم قائمة من قبل وأمتدت آثارها فى فترة غياب المجلس وعلى المحكمة أن تتحقق من قيام حالة مادية أو قانونية تكون هى التى دعت رئيس الجمهورية الى اصدار قرار بقانون في غيبة مجلس الشعب أو عدم قيامها وما اذا كان ذلك القرار بقانون يواجه تشريعيا قيام هذه الحالة أم أنه منبت الصلة بها وعلى هذا لايشترط فى الاختصاص التشريعى لرئيس الجمهورية استنادا الى المادة ١٤٧ من الدستور أن يطرأ ظرف معين يدعو الى صدور القرار بقانون لم يكن موجودا من قبل والا تعطل كثيرا ذلك الحق الذى منحه الدستور لرئيس الجمهورية فى غيبة المجلس . والظاهر من مقاله الفقيه انه يوسع من الحالات التى تجيز لرئيس الجمهورية اصدار قرارات بقوانين لتشمل حالة

---

(١) د/ فتحى عبدالصبور : رئيس المحكمة الدستورية السابق - الاهرام فى ١٠/٦/١٩٧٥ - مقال بعنوان الاختصاص التشريعى لرئيس الجمهورية هل فى الدستور ما قيده ؟

وجود وقائع سابقة على غياب مجلس الشعب ولكنها اثناء غيابه قامت على وجه يجيز لرئيس الجمهورية اصدار قرارات لها قوة القانون أى أنه يمكن أن تكون الوقائع المبررة لاصدار القرار بقانون قائمة اثناء عمل البرلمان ولا جناح على رئيس الجمهورية ان هو استند الى هذه الوقائع السابقة على غياب البرلمان ليصدر القرار بقانون وبهذا المعنى فان قضاء المحكمة الدستورية العليا يكون أقرب الى تطبيق صحيح حكم الدستور اذ ان المناط فى وجود المبرر لاصدار القرارات بقوانين هو وجود ثمة وقائع حدثت عند غياب البرلمان لا قبل غيابه والا فما سبب عدم تقدم الرئيس بمشروع قانون عن هذه الوقائع اثناء انعقاد البرلمان ؟ فضلا عن أن الحكمة من صدور القرارات بقوانين مرتبطة بغياب البرلمان صاحب الاختصاص الاصيل بالتشريع وان سلطة رئيس الجمهورية بالتشريع سلطة استثنائية الاصل الا تستعمل إذ عند غياب البرلمان من ناحية ووجود ما يوجب الاسراع فى اصدار هذه القرارات بقانون من ناحية أخرى وبالطبع فالشرط الثانى مجاله سريانه هو فترة غياب البرلمان فقط[١] .

وعلى كل فان عرض ما تقدم يبرز انه فى حالات السلطة المقيدة يقوم القاضى الدستورى برقابة وقائع القانون قياسا على وقائع القرار ما دام الدستور حدد لهذه الوقائع أوصافا وأوضاعا معينة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يشير الى مدى سلطة القاضى الدستورى الواسعة ازاء نص دستورى واحد حيث جعله غير ذى دلالة فى مرحلة من مراحل تطور القضاء الدستورى ثم جعله بعد ذلك ذى اثر فعالا لا تصح القونين الا به .

---

(١) انظر انتقادات لرأى د/ فتحى عبدالصبور ، د/ يحيى الجمل - عدد الاهرام الصادر فى ١٩٨٥/٦/١٣ ، د/ ابراهيم على حسن - الاهرام فى ١٩٨٥/٦/١٩ .

وعلى كل فاننا ننتهى الى أن رقابة السبب فى القانون فى حالة السلطة المقيدة للمشرع حيث نص الدستور على وصف معين للوقائع ،تى يجب ان تدفع إلى صدور القانون هذه الرقابة لركن الوقائع التى يجب أن تدفع الى صدور القانون هذه الرقابة لركن السبب هى رقابة موضوعية للتثبت من عدم مخالفة القانون للشروط المحددة في الدستور ولا يجوز للقاضى الدستورى فى غير هذه الحالات أن يراقب وجود الوقائع الدافعة لاصدار القانون أو تكييفها أو تبريرها ومن هنا يمتنع على القاضى التدخل فى نطاق الملاءمة ومن هنا ندرك صحة رأى دكتور السنهورى فى ضم ركن السبب الى الغاية فى القانون واذا تم هذا فلا رقابة الا على الانحراف للتثبت من تحقيق القانون لغرضه وفقا للدستور وهو الصالح العام .

المبحث الثاني

حالات الانحراف التشريعي

لدى د/ السنهوري ورأينا فيها

الفرع الأول

حالات الانحراف التشريعي

لدى د/ السنهوري

يذهب د/ السنهوري الى أن الانحراف في السلطة التشريعية يأتي بمثابة مرحلة تطور ثالثة تتوج مرحلتين سابقتين تتمثلان في نظرية التعسف في استعمال الحق وفي نظرية الانحراف في استعمال السلطة الادارية فاذا تصورنا تعسف الشخص في استعمال حقه ثم تصورنا انحراف الادارة في استعمال سلطتها الادارية فما الذي يمنع بعد ذلك من أن تتصور انحراف البرلمان في استعمال سلطته التشريعية ؟ أما انحراف القضاء في استعمال سلطته القضائية فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته اذ يتولى اصلاح الخطأ في القضاء نظم قضائية مختلفة أهمها طرق الطعن في الاحكام وعدم صلاحية القضاه للحكم وجواز ردهم[١].

وفي تحديد نطاق النظرية يذهب الفقيه الكبير الى أنه يحسن الرجوع الى ما أستقر من مبادئ في نظرية الانحراف في استعمال السلطة الادارية فهذه نظرية قد فرغ منها وأصبحت من النظريات المسلمة في القانون

---

(١) د/ السنهوري : مقال الانحراف في استعمال السلطة التشريعية – مجلة مجلس الدولة – السنة الثانية ص ٦٠ .

الاداري فقها وقضاء فيجب النسج على منوالها وان ترسم الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف على نفس الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف بالسلطة[١] وبحث معيار الانحراف في استعمال السلطة الادارية نجد أنه ذو شقين شق ذاتي وشق موضوعى فالشق الذاتى يتعلق بتعرف النوايا والاغراض التى ضمرها الموظف وهو يصدر القرار الادارى فهذه الغايات قد تكون بريئة تهدف الى تحقيق المصلحة العامة والى تحقيق الغاية المخصصة التى رسمت للقرار فعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف وقد يكون مع استهدافها المصلحة العامة قد جانبت الغاية المخصصة فعند ذلك لا يسلم القرار من عيب الانحراف وإن كان الموظف يبغي حسن النية وقد تكون غايات لا تمت الى الغاية المخصصة ولا الى المصلحة العامة كأن تكون غايات شخصية عند ذلك يكون القرار ملوثا بعيب الانحراف ويكون الموظف سيئ النية أما الشق الموضوعى فهو واحد لا يتغير وهو أولا المصلحة العامة التى يجب أن تكون دائما رائد الموظف فى القرار الادارى الذى يصدره وهو ثانيا الغاية المخصصة التى رسمها القانون لقرار معين فمعيار الانحراف بشقيه أقرب الى الموضوعية من معيار التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى فمعيار الانحراف لا يتمخض معيارا ذاتيا فى أى تطبيق من تطبيقاته أما معيار التعسف فيتراوح بين أن يكون فى بعض تطبيقاته معياراً ذاتياً موضوعيا كمعيار الانحراف وبين أن يكون فى تطبيقات أخرى معيارا ذاتيا محضا لصعوبة الكشف عن عيب الانحراف كان هذا العيب ذو صفة احتياطية[٢].

والسؤال هو هل نستطيع السير على هدى من هذه الأسس للقول

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٦٠ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٦٢ ، ٦٣ .

بجواز الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ؟ ان الأمر دقيق بل هو بالغ الدقة فإنه آذا امكن أن يقال ان التشريع يكون باطلا اذا خالف الدستور اذ يكفى للتثبت من ذلك الوقوف عند نصوص دستورية منضبطة فالقول بأن التشريع يكون ايضا باطلا اذا شابه انحراف فى استعمال السلطة التشريعية قول لا شك خطير فنحن لم نكد نفرغ من تقرير المبدأ الأول الخاص بمخالفة التشريع لنصوص الدستور ولم يكد هذا المبدأ يستقر فى فقهنا وقضائنا فكيف نخطو خطوة أبعد ونقول ان التشريع كما يخالف الدستور فى نصوصه وأحكامه قد يخالفه فى روحه وفحواه ؟ وابرز خطر فى هذا القول هو خطر القلقلة وعدم الاستقرار ذلك ان التشريع اذا شاب دستوريته ظل من الشك صار مزعزعا واضطربت المراكز القانونية التى ينظمها ولكن مع وجود هذا الخطر يوجد اعتبار يعارضه ولا يقل فى الأهمية عنه هووجوب حماية الدستور القائم بالتزام الغايات التى توخاها فمتى انحرف التشريع عن هذه الغايات تعين التماس علاج لهذه الحالة الخطيرة فنحن لا يسعنا بعد هذين الاعتبارين الرئيسين المتعارضين توطيد الاستقرار وحماية الدستور الا أن نعمل لكل اعتبار حقه وان نلتزم بينهما التوسط والاعتدال[١].

ان منطقة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية هى المنطقة التى يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية والمشرع فى حدود الدستور له سلطة تقديرية فى التشريع فما لم يقيده الدستور بقيود محدده فان سلطته فى التشريع تكون مطلقة اما ما قيده فيه الدستور فلا يجوز له الخروج عن هذه القيود.

---

(١) السنهورى : المرجع السابق – ص ٦٥ .

فالمشرع لا يستطيع بالتشريع ان يخل بالمساواة الواجبة بين المصريين جميعا ولا يجوز له ان ينص على ابعاد المصرى عن بلاده ولا أن يبيح المصادره العامة للأموال ولا أن يبسط الرقابة على الصحف فإذا جاوز المشرع نطاق هذه السلطة المقيدة كان التشريع باطلا لمخالفته الدستور. (وفقا لدستور ١٩٢٣) .

وفيما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية ونطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعى فهذا النطاق الواسع هو النطاق الذى يقع فيه الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية فمنطقة الإنحراف فى التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع وعليه يمكننا أن نتبين الأهمية العملية للقول بإمكان إنحراف المشرع فى استعمال سلطته التشريعية[1] .

معيار الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية :

اذا كنا قد سلمنا فى نطاق الانحراف بالسلطة الادارية بمعيار ذاتى موضوعى كما سلف البيان يصعب التسليم بهذا المعيار فى الانحراف بالسلطة التشريعية فهو معيار مشوب بعنصر ذاتى اذ يجب بمقتضاه الكشف عن النوايا والاغراض النفسية واذا كان هذا مستساغا بالنسبة للإدارة كأن بقصد رجل الادارة تحقيق غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصى أو تحقيق اغراض سياسية أو حزبية فمن غير الممكن وعلى كل حال فمن غير المستساغ ان تنسب غايات شخصية الى الهيئة التشريعية

---

(١) د/ السنهورى المرجع السابق ص ٦٦ .

فالمفروض دائما ان تستعمل سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك .

وحتى ولو اصدر البرلمان تشريعا قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات - ويقع ذلك فى بعض الاحيان - فانه يحرص دائما على الباس هذا التشريع ثوبا من المصلحة العامة ولا يذكر له من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة فالتشريع الذى صدر بانقاص سن الاحالة الى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين الى الستين وكان سببا فى إحالة بعض مستشارى هذه المحكمة الى المعاش والتشريع الذى صدر بخفض درجات النجاح فى الامتحانات الجامعية وكان سببا فى انجاح بعض الطلبة الراسبين كل هذه التشريعات قيل فى شأنها انها تمت للمصلحة العامة يصعب اذن اتخاذ معيار للانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ينطوى ولو فى شق منه على عنصر ذاتى واذا ساغ اتخاذ معيار ذاتى محض للتعسف فى استعمال الحق فذلك لأن إنطواء الشخص على نية الاضرار بالغير وهو يستعمل حقه الخاص أمر محتمل بل هو مألوف وعندما انتقلنا من الدائرة المدنية الى الدائرة الادارية تدرجنا من الذاتية الى الموضوعية واتخذنا للانحراف فى استعمال السلطة الادارية معيارا ذاتيا موضوعيا لأن رجل الادارة وهو يمارس سلطته العامة أقل انقيادا للدوافع لذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعلينا الآن عندما ننتقل من لدائرة الادارية الى الدائرة التشريعية أن تزداد تدرجه من الذاتية الى لموضوعية بل ان تختار الموضوعية جملة واحدة فلا تقبل الا معيارا موضوعيا محضا لا يدخله أى عنصر ذاتى ويبرر ذلك أمران :

(١) ان الواجب هو أن تفترض فى الهيئة التشريعية وهى تعلو فى

النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الادارة وهو يمارس سلطته الادارية انها لا تصدر فى جميع تشريعاتها الا عن المصلحة العامة لا سيما انها هيئة مشكلة من عدد كبير من الاعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل وهى هيئة تنوب عن الأمة فيفترض فيها التنكب عن الاغراض الذاتية (والأمر الثانى) ان الأولى فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية اتخاذ معيار موضوعى ثابت مستقر لا تخطئ فى فهم معناه ولا تختلف فى تفسيره فيضفى هذا المعيار على التشريع ثباتا واستقرار لا شك فى حاجة التشريع اليهما مما دعى أن يكون هذا المعيار موضوعيا وحسبنا هنا ان نستعرض للمعيار الموضوعى فروضا خمسة ونتدرج ونحن نستعرض من هذه الفروض فى الموضوعية بادئين باقصى حدودها[1] .

الفرض الأول : الرجوع الى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيارا موضوعيا :

ان التشريع قاعدة عامة مجرده فاذا اصدر البرلمان قرارا اداريا لا يدخل فى القرارات الادارية التى يختص باصدارها كان القرار باطلا لعيب فى الاختصاص اما إذا أصدر قرارا فرديا وقصد به أن يكون تشريعا عاما مجردا كان القرار باطلا لعيب فى المحل[2] وهناك حالة ثالثة ان يصدر البرلمان تشريعا عاما مجرداً وهو يعلم انه لن يطبق فى الواقع الا على حالة فردية واحدة وهذه الصورة هى عكس الصورة التى رأيناها فى الحالة الثانية اذ البرلمان أراد هنا حالة فردية ولكنه اصدر تشريعا عاما مجردا وأراد

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٦٨ .

(٢) انظر فى تفصيلات ذلك د/ السنهورى – المرجع السابق – ص ٤٣ .

هناك تشريعا عاما مجردا ولكنه اصدر قرارا فرديا[١] ومن ذلك ان يصدر البرلمان تشريعا بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من اعضائها ثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مده وجيزه فهنا قصد البرلمان ان يصدر قرارا اداريا في صورة تشريع صوری بعزل اعضاء هذه الهيئة القضائية فالتشريع باطل لأن البرلمان انحرف به في استعمال سلطته التشريعية ومعيار الانحراف هنا موضوعى محض اذ لسنا في حاجة الى الكشف عن النوايا المستتره التى اقترنت بهذا التشريع وبحسبنا من أن تتثبت من انه لم ينطبق الا على حالة فردية بالذات وأن هذا كان واضحا كل الوضوح للبرلمان عند اصداره له .لنفرض ان هذا التشريع هو تشريع فى صورة قرار ادارى فی حقيقته وهو بهذه الغاية يتعارض مع طبيعة التشريع ويقرب من هذا ان يصدر تشريع عام مجرد فى مناسبة قضية معينة منظورة امام المحاكم ويكون التشريع لا ينطبق الا على هذه القضية بالذات فان كان هذا واضحا وقت اصدار البرلمان للتشريع كان هذا التشريع فى حقيقته قرارا اداريا فرديا اصدره البرلمان فى صورة تشريع عام مما يجعله مشوبا بالانحراف فى استعمال السلطة التشريعية[٢] .

الفرض الثانى : مجاوزة التشريع الغرض المخصص الذى رسم له :

يصح فى حالات قليلة ان يتحدد هدف مخصص لتشريع معين ومن ذلك صون الامن والنظام العام فى تشريعات الاحكام العرفية ووقاية النظام الاجتماعى فى تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة فالمادة ١٥٥ من دستور ١٩٢٣ تنص على أنه لا يجوز فى أية حالة تعطيل حكم من أحكام

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٧٠ .
(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٧١ .

هذا الدستور الا ان يكون ذلك وقتيا فى زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين فى القانون وعليه فلابد اذن من قانون ينظم الأحكام العرفية اذا هى أعلنت ومن أهم اغراض القانون ان يبين على وجه الحصر الحالات التى يمكن فيها اعلان هذه الاحكام وقد حصرت هذه الاحكام فعلا فى ثلاث اثنان منها وردتا فى قانون الاحكام العرفية الصادر فى ٢٦ يونيو ١٩٢٣ والثالث فى حالة مؤقتة وردت فى قانون مكمل صدر فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ ونستخلص من استعرضها انها تهدف من اقامة الحكم العرفى الى تمكين السلطة القائمة على إجراء هذا الحكم من المحافظة على الامن والنظام العام ومن تأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها .

والمادة ٣ من قانون الاحكام العرفية وهى تحدد الاختصاصات الاستثنائية المخولة للسلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية ذكرت فى النهاية انه يجوز لمجلس الوزراء أن يضيق من دائرة الحقوق المخولة للسلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية أو أن يرخص لها باتخاذ اى تدبير آخر مما يقتضيه صون الامن والنظام العام في كل الجهات التى اجريت فيها الاحكام العرفية أو فى بعضها فصون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين هذه هى الغايات المحققة لقوانين الاحكام الغرفية وهي فى الوقت ذاته الحدود التى تقف عندها هذه القوانين ولا يصح ان تجاوزها وما لم يضف المشرع حالة جديدة يجيز فيها اعلان الأحكام العرفية غير هذه الحالات الثلاث يجب عليه ان يلتزم فى كل تشريع يصدره لتنظيم الاحكام العرفية وفى أى تعديل أو اضافة لقانون الاحكام العرفية الحالى هذه الغايات المخصصة ولا يجاوزها الى غيرها من الغايات ولو كانت تهدف

الى المصلحة العامة والمشرع انما يستعمل سلطة تقديرية فى تحديد دائرة الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين فان انحرف فى استعمال هذه السلطة التقديرية واضاف الى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية اختصاصات اخرى لا تدخل فى هذه الغايات المخصصة تحت ستار انها تدخل فيها كأن أجاز للسلطة العرفية القبض على المتهمين فى جرائم بمقولة انها تتصل بالأمن والنظام العام أو حاجات الحرب والتموين وهى لا تتصل أو اجاز لها تقييد الحريات بدعوى ان التقييد قصد به تحقيق هذه الغايات وكان التقييد شديدا الى حد تجاوز الحاجة كان تشريعه متخطيا للغاية المخصصة التى تركت له ومن ثم مشوبا بالانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ومعيار الانحراف هنا موضوعى فيكفى التثبت من ان الاختصاصات الجديدة التى اعطيت للسلطة العرفية تحت ستار انها تصون الأمن والنظام العام وتسد حاجات الحرب والتموين انما تجاوز فى حقيقتها ومن ناحية موضوعية هذه الغايات المخصصة وكذلك الامر فى تشريعات الصحافة فقد حظرت المادة ١٥ من الدستور على المشرع ان يجعل للادارة حق انذار الصحف أو وقفها أو الغائها بالطريق الادارى الا اذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعى فوقاية النظام الاجتماعى هو الغاية المخصصة لأى تشريع يوضع لمصادره الصحف بالطريق الادارى ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية فى تحديد دائرة النظام الاجتماعى ولكن لا يجوز له ان يجاوز هذه الدائرة أو ان يخرج عن هذه الغاية المخصصة الى غاية أخرى ولو كانت تهدف الى تحقيق المصلحة العامة مدعيا مع ذلك انه لا يزال ملتزما دائرة وقاية النظام الاجتماعى فاذا أصدر تشريعا يجيز مصادرة الصحف اداريا لأسباب لا تدخل فى وقاية

النظام الاجتماعى وإن كانت تدخل فى حفظ الامن والنظام العام كان هذا التشريع مجاوزا لغايته المخصصة ومعيار الانحراف هنا موضوعى أيضا فيكفى التثبت من ان الاسباب التى اجاز فيها المشرع المصادرة الادارية للصحف أو منع الاجتماعات العامة وان كانت قد نسبت الى وقاية النظام الاجتماعى تجاوز من ناحية موضوعية محضه هذه الدائرة المحدودة حتى يكون التشريع باطلا للانحراف[1] .

الفرض الثالث : كفالة الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية:

يتمتع المشرع بسلطة عامة فى تنظيم عديد من الحريات والحقوق العامة حيث نص الدستور على تنظيم هذه الحقوق والحريات بقانون وعليه وجب عليه الا ينحرف عن الغرض الذى قصد اليه الدستور وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة .

فاذا نقضها المشرع أو انتقص منها وهو بصدد تنظيمها كان تشريعه مشوبا بالإنحراف فالمشرع بدلا من ان ينظم الحق نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم فكل حق وكل الدستور الى المشرع تنظيمه بقانون قد رسم الدستور للقانون الذى ينظمه غاية مخصصة لا يجوز الانحراف عنها وهى تنظيم هذا الحق على وجه لا ينتقض[2] معه الحق ولا ينقص والمعيار هنا موضوعى فلسنا فى حاجة كى نتثبت من ان هناك انحرافا فى استعمال السلطة الى الكشف عن الاغراض والنوايا المستترة الى اقترنت بالتشريع وقت صدوره بل يكفينا ان نتبين على وجه موضوعى محض ان الحق العام

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٧١.٧٣ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٧٥ .

الذى ينظمه التشريع قد اصبح بعد هذا التنظيم منتقصا من اطرافه حيث لا يحقق الغاية التى قصد اليها الدستور ومن ذلك نص المادة ٣ من الدستور على ان الوظائف العامة مدنية كانت أو عسكرية يعهد بها الى المصريين وحدهم ولا يولى الاجانب هذه الوظائف الا فى الأحوال الاستثنائية يعينها القانون فالتشريع الذى يصدر لتنظيم تولية الاجانب الوظائف العامة يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية على الا ينحرف عن الغاية التى قصد إليها الدستور وهى ان تكون تولية الأجانب لوظيفة عامة أمرا استثنائيا فلا يجوز أن يطلق التشريع الحالى للأجانب يتولون الوظائف العامة كالمصريين سواء بسواء بل يجب ان يكون ذلك مقصورا على حالات خاصة وفى اعمال تقتضى كفاية لا يتيسر وجودها فى المصريين فاذا صدر تشريع يفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد أو بقيود ليس من شأنها ان تجعل تولى الأجانب للوظائف أمرا استثنائيا كان هذا التشريع باطلا لإنطوائه على الإنحراف فى استعمال السلطة التشريعة .

ومن ذلك نص المادة ١٤ من الدستور على أن حرية الرأى مكفولة ولكل انسان الاعراب عن فكرة بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك فى حدود القانون فلوصدر تشريع يقيد من حرية الرأى أو من حرية الصحافة تقييدا خطيرا بحيث ينتقض هذه الحرية أو ينتقص منها كان التشريع منطويا على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية اذ ان الغاية المخصصة من تشريعات الرأى ليست نقض هذه الحرية العامة أو الانتقاص منها بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع[١] .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٧٦ .

الفرض الرابع : احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها فى غير ضرورة أو من غير تعويض :

ان الأصل فى القوانين انها لا تسرى على الماضى حتى لا تمس الحقوق المكتسبة وقاعدة الحقوق المكتسبة هى قاعدة تمتد فى جذورها الى اعماق القانون الطبيعى والمبادئ الاساسية للعدالة حتى ان المادة ٢٧ من الدستور لو لم تكن قد ذكرتها لوجب مع ذلك اعمال حكمها دون نص بل لما صح الاستثناء الذى أوردته عن جواز ان يتضمن القانون نصا على الاثر الرجعى فالقانون يجوز على سبيل الاستثناء وبالقدر الذى تدعو اليه الضرورة أن يشتمل على نص خاص بالأثر الرجعى ويلاحظ ان الاسراف فى النص على الاثر الرجعى فى القانون يعتبر إنحرافا فى استعمال السلطة التشريعية فالقاعدة ان الاسراف فى تقدير الاثر الرجعى يعد انحرافا فى استعمال السلطة التشريعية وتعرض لهذه القاعدة تطبيقات أربعة[1] :

(١) تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعى فطبقا للمادة ٦ من الدستور لا يجوز ان تكون العقوبة ذات اثر رجعى فاذا احتال المشرع على هذا النهى الدستورى بقصد أن يتخطاه فاصدر تشريعا عاديا يخفى عقوبة وجعل لهذا التشريع اثرا رجعيا بنص خاص فقد جعل للعقوبة وقد تقررت بتشريع عادى أثرا رجعيا ويكون تشريعه مشوبا بالانحراف ويلاحظ ان ستر التشريع لعقوبة مقنعة مسألة المعيار فيها موضوعى فليس علينا للكشف عن هذه العقوبة المقنعة ان نتحسس نوايا المشرع واغراضه بل يكفى ان نتأمل فى احكام التشريع من الناحية الموضوعية فان كانت تنطوى على عقوبة حقيقية فالتشريع باطل لما شابه من الانحراف .

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٨٠ .

(٢) تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره فمن القواعد المقررة ان التشريعات المفسره لها أثر رجعى لأنها لا تنشئ قاعدة جديدة بل تفسر قاعدة موجودة ولكن يجب مع ذلك الاحتياط فى تكييف التشريعات المفسره فقد يسن تشريع على انه تشريع مفسر فى صورته معدل فى حقيقته فالتشريع المفسر له أثر رجعى اما التشريع المعدل فلا يجوز له ان يكون له اثر رجعى إلا بنص خاص فيخشى ان يكون المشرع لسبب أو لآخر لا يرى الجهر بوضع تشريع ذو أثر رجعى فيخفى هذا الانحراف تحت ستار ان التشريع كان مفسرا كأن يزيد من مقدار الضريبة فى تفسيره للتشريع الذى ينشئ هذه الضريبة ويكون التفسير فى حقيقته تعديلاً للتشريع وفى هذه الحالة يكون المشرع وهو يستعمل سلطته التقديرية فى تفسير تشريع سابق قد انحرف فى استعمال هذه السلطة وخرج من التفسير إلى التعديل دون أن ينص على أن هذا التعديل له أثر رجعى وغنى عن البيان أن انتقال المشرع من التفسير إلى التعديل يعرف بالمقارنة بين التشريعين السابق واللاحق مقارنة موضوعية فالمعيار هنا موضوعى[(١)].

(٣) **اطالة مدة التقادم فى قوانين الضرائب** : يجوز للمشرع بوجه عام ان يطيل مدة التقادم ولكن يجب الحذر من هذه الاطاله فيما يتعلق بقوانين الضرائب فان فيها زيادة فى أعباء الضريبة ونستعرض فى هذا الصدد فرضين **الفرض الأول** تشريع يطيل مدة التقادم فى احدى الضرائب قبل أن تنقضى المدة الأصلية وفى هذا الفرض لا يكون هناك انحراف في استعمال السلطة التشريعية فإن المشرع لابد ان يكون قد قدر تحت ضغط الضرورة الملحة أن هناك أسبابا خطيرة توجب اطالة مدة التقادم

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٨١ .

قبل انقضائها حتى يتسع الوقت أمام عمال الضرائب لجباية ما لم يجبوه منها.

والفرض الثانى : تشريع يطيل مدة التقادم فى احدى الضرائب بعد ان تكون المدة الأصلية قد انقضت وفى هذا الفرض يكون التشريع قد مس حقا مكتسبا اذ ان المدة الأصلية للتقادم قد انقضت وسقطت الضريبة ثم جاء التشريع الجديد يطيل مدة التقادم فيعيد الضريبة بأثر رجعى بعد سقوطها والرجعية فى قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشرا وعن طريق اطالة مدة التقادم ترهق الممولين ويغلب ان تنطوى على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ولا يجوز على كل حال ان يفاجأ الممولون بعد ان سقطت الضريبة عنهم ولم يعودوا يحسبوا لها حسابا برجوع الضريبة من جديد وتقرير ما إذا كان المشرع وهو يطيل مدة التقادم قد انحرف فى استعمال سلطته التشريعية هو أمر موضوعى محض اذ يكفى لاستبيان هذا الانحراف الرجوع إلى مدة التقادم الاصلية والتثبت من انها كانت قد انقضت قبل صدور التشريع الذى اطالها وان المشرع لم تكن لديه حجة ظاهرة على تجشيم الممولين هذا العنت[(١)].

(٤) قوانين التضمينات : ان قوانين التضمينات تعفى الحكومة من المسئولية عن حوادث وقعت فى الماضى فهى تسرى من ثم بأثر رجعى ومن هنا جاز التساؤل عن قيمتها الدستورية فالدستور فى مصر يوجب تنظيم الأحكام العرفية مقدما بتشريع سابق عليها طبقا للمادة ١٥٥ من الدستور فالحاجة الى قانون تضمينات يعفى السلطة العرفية من المسئولية تبدو غير

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٨٢ .

واضحة فقد أعطى قانون الأحكام العرفية فى مصر للسلطة القائمة على إجرائها اختصاصات استثنائية وكان قانون التضمينات الذى يعفيها عن هذه المسئولية متعارضا مع روح الدستور فالدستور لم يرد ان تجاوز السلطة العرفية حدودها للقانون العام إلا بعد ترخيص تشريعى يتمثل فى قانون الأحكام العرفية أى أنه أراد تنظيم الأحكام العرفية مقدما قبل إجرائها بتشريع سابق لا تنظيمها مؤخرا بعد انتهائها بتشريع لاحق فقانون التضمينات له أثر رجعى اذ هو يعفى من المسئولية عن اعمال وقعت قبل صدوره وقد ترتب على هذه الأعمال حقوق مكتسبة نشأت قبل صدور قانون التضمينات فأتى هذا القانون لاهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها والأثر الرجعى للتشريع أمر بغيض فى ذاته ولكن الدستور يجيزه استنادا للضرورة طبقا للمادة ٢٤ منه فيجب أن يقدر بقدر هذه الضرورة لايجاوزها وإلا كان فيه انحراف فى استعمال السلطة التشريعية وقياس مشروعية الأثر الرجعى فى قوانين التضمينات بمقياس الضرورة هو أيضا التزام لمعيار موضوعى كسائر المعايير الموضوعية التى التزمناها فى الصور المختلفة للانحراف[١].

الفرض الخامس : مخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التى تهيمن على نصوصه :

وهذا الفرض ينفتح فيه مجال الاجتهاد ويكاد المعيار الموضوعى فيه يتاخم المعيار الذاتى ولذلك نسير فيه بحذر أكبر فلا نجزم برأى بل نضع أمام القارئ طائفة من الأفكار لا تزال قابلة للفحص والتمحيص وتلتزم في

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٨٧ .

كل ذلك ان يكون بحثا موضوعيا مبتعدين عن كل ما يضفي عليه صفة ذاتية ونتلمس أن يكون المعيار في هذا الفرض هو ايضا معيارا موضوعيا[١] وبعد عرضه لنظرية الفقيه الفرنسي الكبير دوجي عن خضوع التشريع لمبادئ الدستور العليا[٢] يستطرد الدكتور السنهوري قائلا بعد ذلك انه مهما يكن من أمر هذه النظرية الجليلة التي يقول بها دوجي فنحن لا نذهب معه إلى هذا المدى خشية ما عسى ان يصيب التشريع من تقلقل واضطراب اذ نحن عمدنا في استخلاص المبادئ القانونية العليا الى قانون غير مكتوب تختلف فيه الانظار وتتباين عنده المذاهب ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقره لذلك كان لابد لنا من ان نقتصر في إستخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب أي على نصوص الدستور وقد فعلنا ذلك تجنبا للنقاش والجدل توخيا للموضوعية التي التزمناها إن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصرى وتهيمن على جميع أحكامه وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور تستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة وهذا الاستخلاص الموضوعي المحض هو من اليسر والوضوح بحيث لا يمكن ان يكون محلا للجدل ومتى استخلصنا هذه المبادئ العليا للدستور المصرى ولا شأن لنا هنا بمبادئ عليا مجرده ولا بقانون أعلى على النحو الذى ذهب اليه دوجي كان على المشرع المصرى أن يلتزمها في تشريعاته وان يتجنب الانحراف عنها بما له من سلطة تقديرية فاذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا كان التشريع باطلا لما ينطوى عليه من انحراف في استعمال السلطة التشريعية وهذه المبادئ

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٩١ .
(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٩٢، ٩٣، ١٠١ .

المستخلصة استخلاصا موضوعيا من الدستور تتضمن المبادئ الاربعة السابقة[١] وقد لخص الدستور ذاته هذه المبادئ فى عبارة شاملة ليجعلها مبادئ ثابته مستقرة لا يجوز ان يرد عليها تنقيح بتعديل أو حذف أو اضافة فنصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن للملك ولكل من المجلسين اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم أو أكثر من أحكامه أو اضافة أحكام أخرى ومع ذلك فان الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى وبنظام وراثة العرش وبمبادئ الحرية والمساواة التى يكفلها هذا الدستور لا يمكن اقتراح تنقيحها فاذا صدر تشريع عن سلطة تقديرية يتعارض مع هذه المبادئ العليا حتى ولو لم يتعارض مع نص خاص من نصوص الدستور فهذا التشريع يكون باطلا لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[٢].

وبالاضافة إلى هذه المبادئ الواردة فى المادة ١٥٦ فان هناك مبادئ أربعة أخرى :

المبدأ الأول :

يتعلق باستقلال السلطة القضائية فقد ورد النص فى الدستور فى المادة ١٢٤ على استقلال القضاء فلا يجوز لأية سلطة من السلطتين الآخرين التحيف عليها أو الانتقاص من استقلالها فاذا صدر تشريع يبسط اشرافا على القضاء يكون من شأنه ان ينقص من استقلاله كان هذا التشريع باطلا لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية والبطلان هنا

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ١٠٢ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ١٠٧ .

ليس لأن التشريع خالف نصا صريحا من نصوص الدستور فيما تكون فيه السلطة التشريعية سلطة محددة بل لأنه يتعارض مع المبادئ العليا للدستور فى أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية .

المبدأ الثانى :

هو مبدأ الحصانة البرلمانية فالدستور ينص فى المادة ١٠٩ على أنه لا يجوز مؤاخذه أعضاء البرلمان بما يبدونه من الأفكار والآراء فى المجلسين وينص فى المادة ١١٠ على أنه لا يجوز اثناء دور الانعقاد اتخاذ اجراءات جنائية نحو أى عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع له وذلك فيما عدا حالة التلبس بجناية ومن هذين النصين يستخلص مبدأ الحصانة البرلمانية فقد يصدر تشريع يحرم على أعضاء البرلمان اعتناق مذهب معين أو القول برأى معين تحكما من أغلبية أعضاء البرلمان فى اقليتهم ففى هذه الحالة يكون التشريع باطلا لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[(١)] .

المبدأ الثالث :

هو مبدأ الفصل بين السلطات فالدستور اباح للسلطة التشريعية ان تصدر تشريعا بفرض رسوم وان تدع للسلطة التنفيذية إصدار لائحة لتحديد مقدار هذه الرسوم وتنظيم طريقة دفعها فالمادة ١٣٤ من الدستور لم تشترط أن يصدر الرسم بقانون واكتفت بأن تكون تأديته فى حدود القانون ولكن هذه المادة ذاتها أوجبت أن يكون فرض الضريبة بقانون يحدد مقدارها فاذا أصدر البرلمان تشريعا يوكل فيه الى السلطة التنفيذية ان تحدد ملائمة

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٨ .

مقدار رسوم فرضها هذا التشريع وكانت الرسوم انما تخفى ضرائب حقيقية سترها البرلمان تحت وصف انها رسوم كان التشريع باطلا لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية وكانت اللائحة باطله كذلك لصدورها من جهة غير مختصة[١].

المبدأ الرابع :

عن وجوب تقييد السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وان يكون هذا التقييد مقررا فى تشريع سابق فاطلاق السلطة للحاكم العسكرى يتعارض مع هذا المبدأ الجوهرى ومن ثم اذا تضمن قانون الأحكام العرفية نصا يوسع فى سلطات الحاكم العسكرى توسيعا يجعل منه حاكما مطلقا كان هذا النص باطلا لتعارضه مع المبادئ العليا للدستور ولانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[٢].

أهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية :

ان هذا التمييز يحل كثيرا من الغموض الذى يحيط بموضوع دستورية القوانين فليس من الدقة العلمية ان نخلط ما بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية كما لا يجوز الخلط فى القرار الادارى بين مخالفته للقانون وانطوائه على تعسف فى استعمال السلطة وهذا التمييز فى شأن التشريع كالتمييز المقابل له فى شأن القرار الادارى يقوم على أساس التفرقة ما بين السلطة المحددة والسلطة التقديرية كما اننا

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ١٠٨ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ١٠٨ .

بهذا التمييز نفسح الطريق لفكرة الانحراف وقد أصبحت فكرة مستقلة لتنمو وليضطرد نموها ما دام الانحراف قد وضع له معيارا مستقلا فان ذلك من شأنه ان يضبط من تطبيقاته وان يعدد منها ويغلب ان يتلمس الباحث وهو يواجه تشريعا مشكوكا فى دستوريته أى نص معين من نصوص الدستور يكون هذا التشريع قد خالفه فاذا لم يجد هذا النص تهيب أن يقول أن التشريع غير دستورى .

اما اذا اسعفته نظرية الانحراف فى استعمال السلطة وهى لا تتطلب الاخلال بنص معين فى الدستور ويكفى فيها ان يتعارض التشريع مع مبادئ الدستور العليا زال التردد ووقع الاطمئنان واستطاع الباحث ان يسير قدما فى هذا الطريق الجديد ومن المهم ايضا من الناحية العلمية بعد أن ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية أن نجعل من الانحراف طريق طعن احتياطى فى التشريع شأنه فى ذلك شأن التعسف فى استعمال السلطة الادارية[١] .

إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية والجزاء الذى يترتب على هذا الانحراف .

- إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية :

إن إثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية أمر دقيق وقد يزيد من دقته على اثبات التعسف فى استعمال السلطة الادارية وعلينا بعد أن نستخلص مبدأ من المبادئ العليا للدستور أن نثبت ان المشرع وهو يستعمل سلطته التقديرية قد انحرف عن هذا المبدأ والاثبات بطرق الدليل

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ١١١ .

الداخلى هو الوسيلة المأمونة كما هو الامر فى اثبات التعسف فى استعمال السلطة الادارية وهنا يبين لنا أهمية الأسباب التى بنى عليها التشريع فهى الدليل الداخلى الاول الذى يمكن الحصول عليه فى غير مشقة واسباب التشريع تختلف عن اسباب القرار الادارى فى أن الأول تتمحض طريقة لاثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية أما اسباب القرار الادارى فتختلط تاره بمخالفة القانون وأخرى بالتعسف فى استعمال السلطة الادارية وأسباب التشريع تكشف عاده عن الغاية التى قصد المشرع الى تحقيقها فمتى استقصيت تلك الغاية وتحددت على وجه لا يقبل الشك امكن ان نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادئ الدستور فيكون التشريع سليما أو أن التشريع قد انحرف عن هذه المبادئ فيكون التشريع باطلا لإنطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية وأسباب التشريع نلتمسها فى نصوص التشريع ذاته عندما نفحصها نصا نصا لنتبين من خلال هذه النصوص وفى تضاعيف العبارات والأساليب الغاية من التشريع ونلتمسها على وجه أيسر وأوضح فى ديباجة التشريع اذا كان له ديباجه واذا أعوزتنا الأسباب فى نصوص التشريع وفى ديباجته تلمسناها فى الأعمال التحضيرية ونبحث عنها أولا فى المذكرة الايضاحية ونبحث عنها بعد ذلك فى التقارير التى تقدمها اللجان البرلمانية وفى مناقشات الأعضاء فى المجلسين ويبقى بعد ذلك ان نتساءل بعد ان ظهرت لنا الغاية من التشريع عن هذا الطريق الداخلى هل يجوز لنا ان نشكك فيما ظهر اذا تجمعت لنا من القرائن الخارجية ما يعارض الأسباب المذكورة فنذهب الى ان المشرع قد اخفى غايته وذكر للتشريع أسبابا غير صحيحة وان الأسباب الصحيحة والغاية الحقيقية التى توخاها تدل عليها القرائن الخارجية أكثر مما

يبين من خلال الأسباب الظاهرية هنا يكون الاثبات قد وقع بطريق خارجى وهو طريق القرائن واذا كان الأخذ بهذا الطريق غير مسلم به فى اثبات التعسف فى استعمال السلطة الادارية فأولى الا نسلم به فى اثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية وخاصة بعد ان التزمنا فى هذا النوع من الانحراف بالمعايير الموضوعية[١].

- الجزاء الذى يترتب على الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية :

الجزاء واحد فى التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوى فى استعمال السلطة التشريعية فكلا التشريعين باطل وهذا الأمر أيضا شأن القرار الادارى فهو باطل اذا خالف القانون أو انطوى على التعسف[٢].

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ١١٣ .
(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ١١٤ .

الفرع الثانى

رأينا الخاص فى فكرة

الانحراف لدى د/ السنهورى

من عرضنا لنظرية د/ السنهورى نجد لزاما علينا ان نعرض بعض الملحوظات التى قد تنير الطريق فى سبيل اقامة نظرية قائمة على أساس صحيح فى خصوص الانحراف بالتشريع وذلك قبل عرض تقييم الفقهاء لها.

الملاحظة الأولى:

وتعتبر أهم الملاحظات وهى التى أدت إلى وجود اضطراب فى بناء النظرية عند الدكتور السنهورى وتخلص هذه الملحوظة فى أساس الانحراف عند الدكتور السنهورى فالفقيه الكبير ذهب إلى أنه إذا كان من المستساغ وجود معيار ذاتي موضوعى فى نطاق الانحراف بالسلطة الادارية فلا يستساغ ان تكون طبيعة عيب الانحراف فى نطاق التشريع الا معيارا موضوعيا محضا ذلك انه اذا كان ممكنا ومستساغا ان تنسب الى رجل الادارة غايات شخصية أو سياسية أو حزبية فمن غير الممكن بل من غير المستساغ أن تنسب غايات شخصية الى الهيئة التشريعية فالمفروض دائما أنها تستعمل سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك حتى لو أصدر البرلمان تشريعا قصد به أن يضر أو يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات فانه يحرص دائما على الباس هذا التشريع ثوب المصلحة العامة ويصعب اذن اتخاذ معيارا للانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

ينطوى ولو فى شق منه على عنصر ذاتى[١] وفى الواقع ان تحديد طبيعة الانحراف بالتشريع على هذا النحو هو الذى أدى الى عدم قيام النظرية على أسس سليمة واضطراب مفهومها تبعا لذلك .

فالانحراف كما أوضحنا سابقا هو عيب ذاتى سواء ورد فى نية صاحب الحق فيجعله ينحرف بالحق عما ابتغاه القانون من اعطائه أياه وهو يعيب نية مصدر القرار فيجعل غايته مخالفة للصالح العام فاذا تطرقنا الى نطاق التشريع فلابد أن ينصب الانحراف على نية مصدر القانون وغايته وأن تجانب هذه الغاية الصالح العام بمعناه الواسع كغاية كل قانون والدكتور السنهورى أقام أساس نظريته على وجود معيار ذاتى موضوعى فى نطاق القانون الادارى للانحراف لأن المصلحة العامة هى غاية القرار محددة على نحو موضوعى والواقع كما سبق وحللنا عيب الانحراف بالسلطة الادارية وجدنا أن حقيقة الانحراف لا تتأثر بموضوعية الغاية فهو ليس العيب الوحيد الذى يرد على الغاية وانما هو العيب الوحيد الذى يرد على غاية مصدر القرار . فعيب السبب أيضا وتخلفه يؤدى إلى تخلف الصالح العام كعيب موضوعى وأن كانت نية مصدر القرار تبقى سليمة ولا محل لفحصها هنا لان هناك من الأسباب الواقعية ما يتيح للقاضى البحث فى تحقيق هذه الغاية الموضوعية فعيب الانحراف لم يفقد ذاتيته فى أى من مراحل تطوره.

وتحديد طبيعة عيب الانحراف على هذا النحو الموضوعى هو الذى أدى الى ما أصاب النظرية من اضطراب ولكن يهمنا فى صدد هذه الملحوظة الأولى ان نتبين ان الفقيه الكبير لم يستطع أن يجعل من نظريته نظرية موضوعية خالصة فتغلبت طبيعة الانحراف الذاتية على كتابته ولكنه

---

(١) مقالة د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٦٨ .

حاول أن يهملها باتجاهه الموضوعي ولكن كتابته قد حفلت بهذا الجانب الذاتي فهو مثلا عندما ذهب الى ان التشريع يجب ان يكون عاما مجردا فإن لم يكن عاما مجردا بل قصد الى حالة فردية بالذات فقد طبيعة التشريع وكان باطلا لمخالفته الدستور فى محله[١] فاذا تأملنا هذا القول وجدنا أهم واظهر حالات الانحراف بالتشريع فى رأينا ألا وهو ان يصدر تشريع فى صورة عامة مجردة وهو لن ينطبق فى الحقيقة الا على شخص واحد أو قصد به التطبيق على شخص معين أو معالجة حالات معينة فقصد التطبيق على شخص واحد مع عمومية التشريع المستمدة من الفاظه يعنى الخروج على هذه القاعدة تحت ستار اتباعها فتحت ستار من الالفاظ العامة المجردة يهدف المشرع الى معالجة حالات فردية بالذات وقد كرر د/السنهورى مسألة القصد هذه فى أكثر من موضع فهو يذهب الى أنه لا يمنع التشريع من ان يكون عاما مجردا أن يكون نطاقه محصورا فى طائفة محدده من الاشخاص أو الوقائع ما دام لا يقصد به أن يطبق على شخص معين أو على واقعة بالذات[٢] ويذهب الى ان المهم فى نظرنا ألا يميز التشريع بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة وألا يقصد الى شخص معين أو إلى واقعة بالذات[٣].

ويذهب إلى أن هناك كثيرا من التشريعات لا تسرى الا على طائفة محددة من الاشخاص أو الوقائع وليس ثمة ما يمنع من أن تكون هذه التشريعات عامة مجردة ما دامت لا تميز بين شخص وشخص أو بين واقعة

---

(١) د/ السنهورى : مقاله السالف البيان ص ٥١ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٤٤ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٤٥ .

وواقعة وما دامت لا تقصد الى شخص معين أو إلى واقعة بالذات[١] .

وعندما حدد الدكتور فرضه الأول الذى يترتب على توافره الانحراف بالتشريع ذهب إلى أن البرلمان يصدر تشريعا مجردا وهو يعلم انه لن يطبق فى الواقع إلا على حالة فردية واحدة فهنا يقع الانحراف[٢] .

وهنا تظهر النزعة الذاتية واضحة لديه ، فعلم البرلمان هو الأساس فى الحكم على صحة غايته وبطلانها فالتشريع فى ظاهرة عام مجرد ولكن فى حقيقته هو تشريع فردى قصد حاله معينة بالذات في غير الحالات التى يجب على البرلمان ان يصدر فيها قرارات فردية فى صورة تشريع ولا نستطيع الحكم على هذه الحالة إلا بمعرفة قصد البرلمان ونيته كما سنوضح فيما بعد الا أن الدكتور السنهورى استدرك قائلا حتى لا يبرز هذا الطابع الذاتى اننا لسنا فى حاجة الى الكشف عن النوايا المستترة التى اقترنت بهذا التشريع ويحسبنا ان نتثبت انه لم ينطبق الا على حالة فردية بالذات وان هذا كان واضحا كل الوضوح للبرلمان عند اصداره لنتبين ان هذا العمل هو تشريع فى صورة قرار ادارى فى حقيقته[٣] والمتأمل لهذه القواعد يجد انه لا يعدو سوى صورة اثبات وجود النية أو الهدف غير المشروع لدى مصدر القانون فهناك من القوانين ما لا تشرع اصلا الا لتطبق على حاله فردية واحدة وتعتبر تشريعا عاما مجردا ما دامت قابله لأن يتكرر تطبيقها على كل فرد يخلفه فالتشريع الخاص بوراثه العرش لا يطبق فى وقت معين إلا على فرد واحد ولكنه معد للتطبيق على جميع من يرثون العرش دون

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٥١ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٧٠ .

(٣) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٧٠ .

حصر وكذلك يكون عاما مجردا تشريعا يصدر بمناسبة شخص بالذات لصفات تميزه ما دام هذا التشريع يطبق على كل شخص مثله[(١)].

فكيف يمكننا اذن ان نفرق بين هذه الحالة وخاصة الأخيرة وبين التشريع الذى يقصد به البرلمان التطبيق على شخص معين يعرفه البرلمان مسبقا؟ خاصة اذا كان هذا التشريع له صفه العمومية والتجريد وهو ما يمكن ان يجعله ينطبق على اشخاص آخرين فى ذات مركز ذلك المعين؟ ولكن البرلمان كان يقصد شخصا واحدا أو عدة أشخاص معروفين لديه لاريب ان المعيار هنا لا يمكن أن يكون موضوعيا وما موضوعيته التى ذهب اليها الدكتور السنهورى إلا إثباتا لصحة نية المشرع غير المشروعة تلك النية التى كان لها أثرها فى الكشف على حالة فردية بالذات وعندما أيقن أنه لا يكفى انطباق التشريع على فرد بذاته للقول بانحرافه فأردف تلك العبارة بعبارة أخرى هى وأن هذا كان واضحا كل الوضوح للبرلمان عند اصداره له وهنا تبرز ذاتية البحث فيما يعلمه البرلمان ولا يعلمه وفيما ينويه ويهدف اليه واستطرادا لهذا الاتجاه الذاتى الذى كان ماثلا فى ذهن الفقيه الكبير ذهب الى أن المشرع إذا احتال على النهى الدستورى - بعدم رجعية العقوبات - بقصد ان يتخطاه فأصدر تشريعا عاديا يخفى عقوبة وجعل لهذا التشريع اثرا رجعيا بنص خاص يكون تشريعه مشوبا بالإنحراف فالقصد هنا ايضا له اثره فى البحث عن حقيقة ما انتوى المشرع وما هدف اليه وان كنا سنعود الى هذا المثال فى موضع آخر.

ونأتى الى موضع آخر تبرز نفس الفكرة الذاتية للانحراف لديه

---

(١) د/ السنهورى: المرجع السابق - ص ١١٣.

فعندما استعرض طرق اثبات الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ذهب الى ان الاثبات بطريق الدليل الداخلى هو الوسيلة المأمونة ومن ذلك ان اسباب التشريع تكشف عاده عن الغاية التى قصد المشرع تحقيقها فمتى استقصت هذه الغاية وتحددت على وجه لا يقبل الشك أمكن ان نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادئ الدستور فيكون التشريع سليما أو ان المشرع قد انحرف عن هذه المبادئ فيكون التشريع باطلا لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[1].

واذا قارنا هذا القول من الفقيه الكبير بقوله أن البرلمان يحرص دائما على إلباس هذا التشريع ثوبا من المصلحة العامه ولا يذكر له من الاسباب الا ما يمت لهذه المصلحة[2] فهذا القول منه يجعل مسأله إثبات الانحراف عن طريق اسباب التشريع غير ذات قيمة فالبرلمان لن يذكر الا الاسباب التى يبرزها على انها محققة للصالح العام وعليه فلا جدوى اذن من نظرية الإنحراف اصلا وفقا لهذه النتيجة ولكن الفقيه الكبير كان يقصد ان نبحث الاسباب لمعرفة الحقيقى منها والزائف وان نصل الى النية الحقيقية لمصدر القانون فمتى استقصيت هذه الغاية أى غاية المشرع الحقيقية وليست تلك الاسباب التى يدعيها أمكن فعلا مقارنتها بالصالح العام أو الاهداف المتفقة مع مبادئ الدستور وفى ظل هذا الفهم يرتفع ما قد يبدو من تناقض فى آراء الدكتور ولكن كان ذلك اظهارا لما كان متغلبا على تفكيره عند كتابة مقاله هذا فطبيعة الانحراف الذاتية لم تستطع محاولاته فى إلباسها

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ١١٣ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٦٧.

ثويا موضوعيا اخفاء هذه الطبيعة فتغلبت طبيعة الانحراف الذاتية على سائر تأصيلاته الموضوعية لها .

الملاحظة الثانية :

تجد هذه الملحوظة اساسها فيما حاول الفقهاء فى نطاق نظرية الانحراف بالسلطة ان يصبغو فكرة الانحراف بالصبغة الموضوعية فمن الفقهاء من اعترف بالطابع الموضوعى للغاية من القرار وهذا صحيح الى حد ما كما سبق واوضحنا وهناك من حاولوا الصاق صفة الموضوعية بالانحراف معتبرين أنه العيب الذى يرد على الغاية فيجب أن يكون موضوعيا على حين أنه العيب الذى يرد على غاية مصدر القرار لإثبات تحقق الغاية الموضوعية أو عدم تحقيقها كما أوضحنا وقد حاولوا نظرا لذاتية الانحراف وصعوبته ان يجدوا بديلا لهذا العيب يمكن من خلاله اثبات تحقق الصالح العام أو عدم تحققه بصورة موضوعية فكان خلق القضاء لرقابة السبب فى القرار ورأينا كيف كان البديل عن عيب الانحراف هو تقليص سلطة الادارة التقديرية الى حد كبير لأن منطقة التقدير لديها هى فى الأساس منطقة الوقائع المبرره للقرار وهنا نأتى الى ايضاح نتيجة أخرى لمحاولة اضفاء الطابع الموضوعى على عيب الانحراف إلا وهى عدم جدوى هذا العيب بهذا الطابع الموضوعى اذ تضحى جميع الفروض التى جاء بها الدكتور السنهورى مخالفة موضوعية للقرار دون حاجة الى ابتداع نظرية خاصة بالانحراف فالفرض الأول الخاص بالرجوع الى طبيعة التشريع ذاتها لاكتشاف عيب الانحراف اثبت أنه لا يمكن أن يتم ذلك بدون فحص نية مصدر القرار وغايته ومثال آخر ضربه الدكتور السنهورى بخصوص الفرض

الأول هذا وهو ان يصدر تشريع عام مجرد في مناسبة قضية منظورة امام المحاكم ويكون التشريع لا ينطبق إلا على هذه القضية بالذات فاذا كان هذا واضحا وقت اصدار البرلمان للتشريع كان التشريع في حقيقته قرار اداري فردي اصدره البرلمان في صورة تشريع عام وهو ما يجعله مشوبا بالانحراف[1]. فمعرفة أن هذا التشريع مقصود به هذه القضية بالذات هي مسألة يجب فيها البحث عن نية وقصد مصدر القانون نظرا لما في الصياغة العامة المجردة للقانون من أثر في جعل هذا القصد غير واضح بما يستحيل معه معرفة ان هذا التشريع مقصود به هذه القضية بصورة موضوعية كما يذهب دكتور السنهوري فهذه الامثلة توضح الى حد كبير ذاتية الانحراف وليس موضوعيته وتظهر الذاتية أيضا في قوله « وكان هذا واضحا للبرلمان عند اصداره القانون فمعرفة البرلمان لهذا الامر واتجاه نيته اليه هو الفيصل للحكم على القانون بالانحراف وهذه ملحوظة غائبة عن معظم منتقدي هذه النظرية كما سنعرض فيما بعد حيث اجمعوا ان جميع هذه الفروض بفرض تحققها تجعل التشريع مخالفا للدستور من الناحية الموضوعية في حين أن هذا الفرض بالذات لا يمكن كشفه بطريقة موضوعية وأن الفقهاء المنتقدين لهذه النظرية قد حكموا بموضوعيته بعد كشف العيب وهنا تثور الى الاذهان مسألة هامة هي اشتراك الانحراف مع عيوب أخرى في القانون كما في القرار بل ان كشف الانحراف سواء في القرار أو في القانون قد يؤدي الي ظهور عيب الاختصاص حيث يوضح الانحراف بعد كشفه في بعض الإحيان أن الادارة أو المشرع قد خالفا قواعد الاختصاص في اصدارهما للقرار أو القانون ومن ذلك حالات الجزاء التأديبي المقنع الصادر من الادارة فبعد

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق – ص ٧١ .

كشف حقيقة القرار وأنه قصد به التأديب يظهر ان الادارة قد لا تكون مختصة بتوقيع هذا الجزاء وكذلك القانون فقد يظهر بعد الكشف عن حقيقته وأنه يقصد حالة معينة أو شخصا معينا وانه فى حقيقته يخفى قرارا اداريا في غير الحالات المخولة للمشرع ان يصدر فيها قرارات ادارية كما سنوضح فيما بعد فهنا يظهر عيب الاختصاص ولكن يظهر بعد الكشف عن حقيقة القانون من خلال عيب الانحراف فيحاسب القانون على أساس هذا العيب الأخير دون عيب الاختصاص وبعد اخفا المشرع لهذا القرار فى صورة قانون انحرافاً منه تمثل فى قصده غير المطابق للصالح العام والذى ابتغى منه الخروج على قاعدة المساواة أيضا التى أوضحها الدستور فى التشريعات باشتراطه عموميتها وتجريدها فاذا انحينا هذا الفرض الأول جانبا وجئنا الى الفرض الثانى وهو مجاوزة التشريع للفرض المخصص الذى رسم له فان التشريع يعد حينئذ مخالفا للدستور مخالفة موضوعية حيث يعد هذا الهدف المخصص شرطا من شروط صحة القانون موضوعا أو وفقا للتحليل الذى سبق وانتهينا اليه يكون الدستور قد حدد أسباب صدور التشريع أيضا فاذا تخلفت الأسباب بطل التشريع فى سببه فيصبح مخالفا للدستور وهو التحليل الذى انتهينا فيه الى خروج قاعدة تخصيص الاهداف من نطاق الانحراف بالسلطة الادارية ومما هو جدير بالذكر في خصوص هذا الفرض ان الدكتور السنهورى قد تأثر بالفقه والقضاء الاداريين فى اجازتهما تحديد اغراض معينة للتشريع على المشرع مراعاتها حتى ولو لم يفصح عنها التشريع صراحة وانما تستنبط ضمنا منه وبالطبع يستنبطها القضاء فقد ذهب الى وجوب أن تتقيد قوانين الأحكام

العرفية بما يقتضيه صون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين واعتبرها غايات مخصصة لقوانين الأحكام العرفية[1]. ولا يصح للمشرع أن يتجاوزها الى غيرها من الاغراض ولو كانت محققه للصالح العام مادامت غير داخلة في هذه الاغراض المخصصة وهو ما يمثل تحديدا للاغراض ومن ثم لاسباب القانون كما سلف البيان بما يجعل عيب الانحراف غير مضيف جديدا الى العيوب الأخرى ويمكن الاستغناء عنه وفضلا عن ذلك فهو فهم لدور القاضى الدستورى كدور القاضى الادارى وهو ما لايجوز لأن تطور القضاء الادارى منذ زمن ليس بالقريب والنظرة للادارة بوصفها الخصم الاساسى للفرد غير النظرة للمشرع بوصفه ان الاصل فيه هو حمايته للحريات لا التغول عليها لذا كان المناخ القانون متقبلا لهذا التدخل من قبل القاضى الادارى مضيقا على الادارة فى أهدافها ولا يسمح نفس المناخ بهذا التدخل فى تحديد اغراض التشريع لأن فى ذلك تقييدا لسلطة تقديرية تركها الدستور للمشرع وكانت هذه السلطة التقديرية متروكة ايضا للادارة ولكن تدخل القاضى الادارى فيها جعل منها سلطة مقيدة فالرجوع الى أصل الرقابة على الاهداف المخصصة يجعل من تطبيق هذه الفكرة فى نطاق العلاقة بين القانون والدستور أمرا لا يستطيع قبوله أى مجتمع ديمقراطى يعطى للمشرع سلطة تقديرية فى تحديد اغراض التشريع وهذه الإشارة واجبه هنا لان فيها ابرازا للعناصر غير الصحيحة التى تقحم على فكرة الانحراف .

أما عن الفرض الثالث وهو كفالة الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية فان الخروج علي ذلك الفرض يرتب مخالفة القانون للدستور وفقا

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٧٢ .

لما تنتهي اليه المحكمة الدستورية تبعا لسلطتها في تفسير الدستور والقانون فالانتقاص من الحريات والمشرع في صدد تنظيمها أمر يرجع التقدير فيه للقاضي الدستوري حتى يقرر ما اذا كان المشرع قد خرج عن مقتضى التنظيم أم لا واذا وجدها تتجاوز مفهوم التنظيم قضى بعدم دستورية القانون لمخالفته موضوعيا للدستور فلا حاجة بنا هنا الى نظرية الانحراف بالسلطة التشريعية .

أما الفرض الرابع ويتضمن احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض عادل فنلاحظ أن الفقيه الكبير نص على ان الاسراف في النص على الاثر الرجعي في القانون يعد انحرافا في استعمال السلطة التشريعية وهذا الانحراف من الأمور التي يختص بها المشرع ويتضمن من التقدير ما لا يمكن ان يخضع للبحث القضائي ونلاحظ ايضا أن الفقيه الكبير عدد حالات الاسراف هذه ولكن ذكر منها مثلا تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي وهي ليست من حالات الانحراف في تقرير الاثر الرجعي وانما تعد حالة من حالات الانحراف الصحيحة حيث أن لدينا تشريعا صوريا ستر تشريعا غير دستوري كما أن وجود تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره هي من حالات الانحراف بالسلطة التشريعية أيضا وسنأتي فيما بعد الى هذين المثلين بالتفصيل ولكن يهمنا أبراز أن هذين المثلين هما لتشريعين مشوبين بالانحراف كذلك عدد الفقيه اطالة مدة التقادم في قوانين الضرائب وذهب الى ان صدور قانون يطيل مدة التقادم في احدى الضرائب بعد أن تكون المدة الأصلية قد انقضت حيث يكون التشريع قد مس حقا مكتسبا فهو يعيد الضريبة بأثر رجعي والرجعية في قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشر أو غير

مباشر ترهق الممولين ويغلب ان تنطوى على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[١] وهذا القول منه يعيدنا أيضا الى فحص السياسة التشريعية بما لا يدخل فى سلطان القاضى فهو خروج عن نطاق نظرية الانحراف وطبيعتها أصلا أما المثال الرابع والخاص بقوانين التضمينات فقد فرق الفقيه الكبير بين قوانين التضمينات التى تعفى القائم على الأحكام العرفية من المسئولية عن اعمال ارتكبها بحسن نية وجاوز فيها حدود اختصاصه أو انحرف فيها عن المصلحة العامة عمدا وسوء قصد ومن الناحية الأخرى الأعمال التى لا يجاوز فيها الدور ولا يتعمد الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه ينحرف فعلا عنها بحسن نية بأن يكون قد بالغ فى استعمال سلطته وهو يقصد تحقيق مصلحة عامة فأضر بالغير[٢]. والواقع أن هذه التفرقة غير مبررة فهى تعطى للقاضى الفرصة ليتفحص سوء نية أو حسن نية القائم على الأحكام العرفية ليقرر دستورية أو عدم دستورية قانون التضمينات أى أنه جعل الحكم على القانون يتوقف على بحث شخص حقا هو بحث لا يرد على نية وارادة مصدر القانون ولكنه يرد على حالات تطبيق القانون ليعرف الدستورى منها وغير الدستورى وهو بحث ذاتى على كل حال تطرق الى الجانب الذى حاول دكتور السنهورى الابتعاد عنه وهو الكشف الذاتى عن الانحراف فضلا عن انه يعتمد على عنصر غريب على قانون التضمينات نفسه وهو عنصر سوء نية أو حسن نية القائم على الحكم العرفى فى حين ان التساؤل المطروح هنا هو مجاوزة حدود اختصاص القائم على الأحكام العرفية لسلطاته ففى حالة مجاوزته لسلطاته . الاصل أنه

---

(١) د/ السنهورى : مقالة سالف البيان ص ٨٢ .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ٨٨ .

مسئول عن هذه المجاوزة فاذا جاء قانون التضمينات واعفاه من المسئولية تستوى حسن أو سوء نية مصدر القرار .

وقد آثار دكتور السنهورى فى بحثه مسألة دستورية دقيقة هى عدم جواز صدور قانون الأحكام العرفية ثم صدور قانون للتضمينات بعد ذلك يعفى القائم عليها مما ارتكبه مجاوزا هذا القانون فوفقا للدستور المصرى فى المادة ١٥٥ من (دستور ١٩٢٣) وجب تنظيم الأحكام العرفية مقدما فالحاجة بعد ذلك إلى قانون التضمينات غير واضحة فأما ان يلتزم القائم على الأحكام العرفية للحدود والقيود الواردة فى القانون وأما أن يخرج عليها فيعتبر عمله غير مشروع فوجود قانون التضمينات بعد ذلك أمر محل بحث دستورى ولا حاجة الى قيام نظرية خاصة بالانحراف فى هذا الخصوص أما الفرض الأخير الخاص بمخالفة التشريع لمبادئ الدستور العليا والروح التى تهيمن على نصوصه فان تطبيق الافكار التى أوردها الدكتور السنهورى من مقتضاها اعتبار التشريع مخالفا للدستور فى موضوعه سواء كان هذا الموضوع شاملا النصوص وروحها أو النصوص فقط فروح النص لا يمكن أن تنفصل عن عبارته ومادته .

وما يهمنا فى ختام هذه الملحوظة ان نبرز أن محاولة الفقه والقضاء فى القانون الادارى اضفاء طابع الموضوعية على عيب الانحراف أدى إلى إستبدال إرادة القاضى نفسه سواء فى تكييف الوقائع أو ملائمتها محل ارادة مصدر القرار كماأن محاولة دكتور السنهورى اضفاء الطابع الموضوعى على عيب الانحراف أدت إلى اختفاء هذا العيب بخصائصه وظهور عيب تخلف السبب أو عدم دستورية المحل أى أن تجريد الانحراف من خصيصته الذاتية أدى إلى اختفاء هذا العيب فى أغلب فروضه الخمسة

وليس هذا فحسب بل أن الفقهاء الذين انتقدوا هذه النظرية انتهوا الى أن جميع الحالات التي أوردها هي مخالفة موضوعية للدستور في حين أن منها من لم يظهر بهذا المظهر الموضوعي إلا بعد كشف غاية مصدر القانون ومعرفة أنه قصد الى مخالفة قاعدة موضوعية بالدستور .

الملاحظة الثالثة :

ان الفقيه الكبير قد خلط بين الملاءمة والدستورية في نطاق وضعه للفروض الخمسة التي تحدد القانون المنحرف عن الغايات التي حددها الدستور ولم يأت هذا الخلط بطريق الصدفه بل أن المتأمل لنظريته يجد انه حاول ان يغطي نطاق الملاءمة المتروك للمشرع وان يصل به إلى نفس المدى الذي وصل إليه القضاء الاداري في رقابته لأعمال الادارة ولكن عن طريق عيب الغاية وليس عيب السبب وكان ذلك عن طريق تخصيص الاهداف في بعض الفروض التي سردها وعن طريق مد نطاق الانحراف الى مجال الملاءمة صراحة فالاصل أن للمشرع الدستوري أن ينص على أهداف معينة يجب أن يتوخاها المشرع العادي عند اصداره لبعض التشريعات هنا تحدد الهدف على نحو لا يمكن للمشرع أن يخرج عنه وقد اوضحنا أنه من الناحية الفنية في هذه الحالة السابقة فقد تحدد السبب أيضا فاذا خالف المشرع هذا الهدف كان مخالفا لركن السبب أولا وهو الركن الذي يؤدي إلى مخالفة محل القانون للدستور لأنه بتحدد السبب تحدد المحل بما لا سلطة تقديرية أو مطلقة للمشرع فيه ومن ذلك نص المادة ١٥ من دستور ١٩٢٣ على أن الصحافة حره في حدود القانون والرقابة على الصحف محظورة وانذار الصحف أو وقفها أو الغاؤها بالطريق الاداري محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعي .

فالغاية المخصصة لأى تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الادارى هى وقاية النظام الاجتماعى وبتحديد الغاية حدد الدستور أسباب التشريع الواقعية أو القانونية وهى عدم الاخلال بالنظام الاجتماعى فاذا ظهر من أسباب التشريع غير هذا السبب بطل التشريع لبطلان سببه ومخالفته للدستور ويتبع ذلك وجود انحراف بالتشريع ولكن لما كان عيب الانحراف هو عيب احتياطى لا يلجأ اليه إلا بعد استيفاء عناصر الرقابة الاخرى سيكون التشريع باطلا ويرجع بطلانه لركن لسبب لا للانحراف وسيكون التشريع اذا تضمن نصوصا تقرر المصادرة لاسباب أخرى غير وقاية النظام الاجتماعى فإن هذه النصوص تكون غير دستورية ايضا ومن هنا كان الهدف المخصص سواء من حيث رقابة المشروعية أو رقابة الدستورية . يترتب على تخلفه عيب موضوعى وليس عيب الانحراف ومن هنا كان من غير المتصور ان يسند الى القضاء أو الفقه تحديد أهداف مخصصة لكل نص من نصوص الدستور والا كان معنى هذا اضافة شروط موضوعية أخري للدستور يجب ان يلزمها القانون وهى شروط لم ينص عليها الدستور صراحة فضلا من ان رقابة دستورية القوانين لا تحتاج الى اضافة مجال آخر من مجالات تدخل القضاه فى فرض ارادتهم وأهدافهم على المشرع ففى سلطتهم فى التفسير المجال الكافى لذلك فالفقيه الكبير عندما حاول أن يحدد أهدافا للمشرع عليه أن يتغياها واستنبط هذه الاهداف من نصوص الدستور المختلفة قد تدخل فى مجال لم يقيد فيه الدستور المشرع بقيود موضوعية كالتى يريد الفقيه ان يقيد سلطة المشرع فيها ومن هنا كان المجال الأول من مجالات اتساع النظرية وامتدادها الى غير مجالها وكأننا نستعيض عن رقابة السبب الواسعة فى نطاق رقابة

المشروعية برقابة تخصيص الاهداف فى نطاق الدستورية وبإضافة الناحية الأخرى التى بسط الفقيه الكبير رقابته عليها وهى رقابة الملاءمة نكون فى واقع الامر قد نقلنا الى الرقابة الدستورية أغلب المجالات التى تدخل فيها القاضى الادارى فى نطاق رقابته على المشروعية وهذا لا يتفق مع الاسلوب العلمى السليم فى سبيل تأصيل نظرية واضحة المعالم للرقابة على الانحراف بالتشريع فرقابة الملاءمة قد أفصح الفقيه الكبير عن أساسها فى أول مقاله حيث ذهب إلى أن الحق ان الديمقراطيات التى لم ترسخ لها قدم فى الحكم الديمقراطى الصحيح هى فى أشد الحاجة الى رقابة القضاء ذلك ان كل ديمقراطية ناشئة لم تنضج ولم تستقر فيها المبادئ الديمقراطية ولم تستقر هذه المبادئ عندها فى ضمير الامة تكون السلطة التنفيذية فيها هى أقوى السلطات جميعا تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها تتحيف السلطة القضائية وتنتقص من استغلالها والدواء الناجح لهذه الحالة هو العمل على تقوية السلطة القضائية فهى ادنى السلطات الثلاث الى الاصلاح إذ القضاه نخبه من رجال الأمة اشربت نفوسهم احترام القانون وانغرس فى قلوبهم حب العدل وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية ولا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار اذا لم توجد الى جانبه قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان[١].

وبيدو من هذا مدى ما يعوله الفقيه على القضاء ليحل محل الرقابة الاصلية وهى رقابة الرأى العام التى هى من أهم الرقابات فى الدول الديمقراطية العريقة والتى تفتقدها الدول التى لم تستقر هذه المبادئ الديمقراطية فى ضميرها على حد قول الفقيه الكبير ومن هنا نجد ان الفقيه

---

(١) د/ عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٢ .

انما يمد رعايته الى نواحي ملاءمة صرفه لم تعد لها نظرية الانحراف واتخذ من قاعدة تخصيص الاهداف ذريعة لذلك ومن ذلك ما انتهى اليه من أن نص المادة ٢٧ من الدستور على أنه لا تجرى أحكام القوانين إلا ما يقع عند تاريخ نفاذها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص فانتهى الفقيه الى أن الاسراف فى النص على الأثر الرجعى فى القانون تعتبر انحرافا فى استعمال السلطة التشريعية[١] مع أن الاسراف والتقتير فى النص على الأثر الرجعى من الملائمات المتروكه للمشرع ومن ذلك أيضا ما ذهب اليه من أن الرجعية فى قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشرا وغير مباشر بإطالة مدة التقادم فى التشريع ترهق الممولين ويغلب أن تنطوى على إنحراف فى استعمال السلطة التشريعية فارهاق الممولين ليس معناه أن يزن القاضى مقتضيات الاسباب التى دفعت المشرع إلى اطالة مدة التقادم فالموازنة بين السبب الذى حدا بالمشرع الى ذلك ومحل القانون هى من عناصر الملاءمة التى لا يتدخل فيها القضاء فالقاضى فى الانحراف يبحث فى اتجاه غاية مصدر القانون لتحقيق الصالح العام ولا يبحث درجة تحقق هذا الصالح العام فدرجة تحققه من الملائمات المتروكة للمشرع[٢].

وعلى ذلك نجد ان الفقيه الكبير من خلال محاولته اضفاء الطابع الموضوعى على فكرة الانحراف قد أدى به الامر من خلال الاغراق فى تخصيص الاهداف والرقابة على الملاءمة أنه يمكن للقاضى الدستورى ان يلعب دورا شبيها بدور القاضى الادارى فى حين أننا نرى انه فضلا عن أنه

---

(١) المقال سالف البيان ص ٧٩ .

(٢) المقال سالف البيان ص ٧٩ .

لا يجوز للقاضى تحديد أهداف معينة للمشرع بصورة مسبقة كما أنه لا يجوز له ان يتطرق إلى مجال الملائمة فاننا نرى أنه يجب ان تكون لرقابة الرأى العام دورأساسى فى تقييد سلطات المشرع التشريعية برقابة عملية التشريع فرقابة الرأى العام اذا تحققت فهى اقوى الرقابات لانها ببساطة رقابة جمهور الناخبين ولقد كانت أهم الاعتراضات الموجهة لنظام الرقابة على دستورية القوانين انها تعطل عمل الديمقراطية لانها تصرف انظار الناخبين عن الاهتمام بالشئون العامة وتجعلهم يعتمدون اعتمادا كليا على تقدير المحاكم الدستورية وان هذا من شأنه احلال الاعتبارات القانونية محل الاعتبارات السياسية والخلط بين مسألة الدستورية كمسألة فنية بحته وبين سياسة التشريع ذاتها فالاثر الطويل المدى للالتجاء الى السلطة القضائية هو تعطيل أهم خصائص الديمقراطية وهى تنمية التقدير السليم للشعب عن طريق التجربة السياسية[(١)] .

اذا كان ما سبق نقدا لمجرد الرقابة الفنية على دستورية القوانين فإن تطرق الرقابة على نطاق الملاءمة فضلا عما ينتج عنه من اضعاف رقابة الرأى العام فانه سيؤدى الى وقوع صدام بين المحكمة الدستورية والسلطة التشريعية كما حدث فى الولايات المتحدة .

كما أننا نلاحظ ان بعض الفروض التى أوردها دكتور السنهورى وبعض الأمثلة أيضا هى تصلح تماما لتكون قرائن على وجود عيب الانحراف التشريعى مجرد قرائن قد تساندها قرائن أخرى وقد لا توجد ما يساندها قد يقتنع بها القاضى الدستورى وقد لا يقتنع فهى مجرد قرائن

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه مؤلف الدكتور محمد عصفور - وقاية النظـام الاجتماعـى ص ٣١٨ ، ٣٢٥ .

منها مثلا التشريع اللاحق الذى يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره فهذا التعديل قد يثير فكرة الانحراف مثله مثل الرجعية فى القانون التى تثير التساؤل عن حقيقة المقصود بالاثر الرجعى فهذه الامثلة تفتح الباب للتساؤل عن حقيقة مقصود الشارع كذلك تلك التشريعات التى تصدر فى مناسبات معينة لتقيد من الحقوق والضمانات والحريات لصالح بعض الاحزاب على حساب بعضها الآخر كل هذه الصور تثير فكرة الانحراف والبحث عنها ولكن لا يوصم التشريع بالانحراف بمجرد توافرها فليس من مقتضى الاسراف فى الأثر الرجعى القول بالانحراف ولكن يصدق القول بالانحراف فى كل حالة على حده إذا ثبت أن هذا الأثر الرجعى قصد به مخالفة الدستور مخالفة ضمنية ولهذا نستطيع أن نتفهم تماما عبارة دكتور السنهورى أن إطالة التقادم فى قوانين الضرائب يغلب ان يكون منطويا على انحراف بالتشريع فهو أيضا لا يجزم ان هذه الأمثلة مؤدية بذاتها الى الانحراف التشريعى بل هى مجرد قرائن على هذا الانحراف وهو ما يجعل نظريته عند تقييمها تقييما صحيحا ووفقا لما ضربه من أمثلة أكثر ذاتية مما تبدو لأول وهلة ومما أراد هو أن يظهر الانحراف كأنه عيب موضوعى فطبيعة الانحراف الذاتية أثرت تماما على كل الأمثلة التى أوردها والتى تعبر عن أنه كان فى ذهنه تصور صحيح تماما لفكرة الانحراف بطبيعتها الذاتية ولكن لم يجد أنه من الممكن بل ومن غير المستساغ على حد قوله أن ينسب الى المشرع غايات شخصية وهو ما يعد أثرا من آثار الفقه الفرنسى الذى يحيط البرلمان بهاله من التقديس أثرت على فكرة الفقيه الكبير .

الفصل الثانى

تقدير نظرية الدكتور/ السنهورى

المبحث الأول

الإنتقادات الموجهة للنظرية لدى الفقه

يمكن القول أن نظرية دكتور السنهورى ووجهت بنقد شديد فى الفقه فقد ذهب أحد الفقهاء[1] الى أن الاعتراض الاساسى الذى يوجه الى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية هو انها تقوم على فرض غير صحيح مبناه ان هناك منطقتين للتشريع تكون سلطة المشرع فى احدهما مقيده وتكون سلطته فى الأخرى تقديرية فى حين ان التقدير والتقييد اذا ساغ ان يرد على سلطة الادارة فإنه غير متصور بالنسبة لسلطة التشريع ذلك ان السلطة التقديرية فى ماهيتها تعنى أولا أن يكون هناك طريق رسمه المشرع من قبل تلتزم الادارة بالتصرف على مقتضاه والسلطة التقديرية بهذا المعنى فى نطاق التشريع هى جوهر التشريع اذ ليس من المفهوم ان يرسم الدستور طريقا معينة يتحتم على المشرع سلوكها فى حين أن الغاية من التشريع هى أن يواجه المشرع ما يثيره تطور الجماعة التى أوكل اليها تصريف شئونها من مشكلات ومقتضى ذلك أن تستبعد حتما من مجال التشريع فكرة السلطة المقيدة حقيقة ان المشرع مقيد بنصوص الدستور ولكن لا يعنى ان سلطته مقيدة كما هو الشأن فى سلطة الادارة المقيدة اذ هو لا يزال يعمل حتى فى نطاق القيود الدستورية سلطته فى

---

(١) د/ محمد عصفور : مذهب المحكمة الادارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع - سنه ١٩٥٧ - ص١٣٨ .

الابتداع فالضمانات الدستورية هى من أهم القيود التى ترد على سلطة المشرع فلا يستطيع المشرع فى معالجة الحريات أن يخرج عما قررت هذه الضمانات ولكن هل معنى ذلك أن سلطة المشرع فى معالجة الحريات مقيدة بالمعنى المفهوم فى نطاق القرارات الادارية؟[١] ان ذلك غير متصور لأن المشرع رغم ما يرد على سلطاته من قيود لا يزال حرا فى اختيار الاسلوب الذى يعالج به الحريات فسلطته فى الابتداع لم يلاشها القيد الدستورى ولا انقصها وانما كل ما يعنيه هذا القيد هو تحديد مجالها كما هو الشأن فى تحديد سائر الاختصاصات العامة فالقيود الدستورية تحدد اذن اختصاصات المشرع ولكنها لا ترد على سلطته فى التقدير وغير خاف ان أى محاولة لتخصيص الهدف الذى يجب ان يتجه التشريع الى تحقيقه محاولة تتناقض مع واجب المشرع فى التجاوب مع مقتضيات التطور وهذا التجاوب ذاته سلطة اذا انكرت على المشرع أو ضيق من نطاقها انهارت سلطة التشريع من اساسها على أنه حتى لو أخذ فى الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية بمعيار موضوعى فان ذلك لن يكون من شأنه ان يقيم نظرية تغفل عن التوازن بين سلطتى الادارة والتشريع وان كان الجدير بالملاحظة ان معظم ما اعتبرته النظرية معايير موضوعية للانحراف هى فى حقيقتها ضوابط للعمل التشريعى اذا خالفها شابه عيب مخالفة القانون (وهو هنا الدستور) وليس مجرد عيب الانحراف فاعتبار النظرية ان طبيعة التشريع ذاتها كقاعدة عامة مجردة هى معيار موضوعى للانحراف أمر غير سليم[٢] لان تصرف البرلمان إما أن يكون بحسب طبيعته قانون يتعامل به القضاء على

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - ص ١٣٩

(٢) د/ محمد عصفور . المرجع السابق - ص ١٤٠

هذا الاساس وإما ألا يكون كذلك فلا تثبت له حصانة التشريع فيغنينا إذا عن نظرية الانحراف .

أما اعتبار مجاوزة التشريع الغرض المخصص الذى رسم له أنه إنحراف فى استعمال السلطة التشريعية فهو بدوره غير سليم اذ لا يتصور ان يخصص الدستور للتشريع غرضا معينا على انه اذا رسم هذا الغرض فان مخالفة القانون له لا تكون انحرافا فى استعمال السلطة بل تكون مخالفة صريحة لنص فى الدستور يتضمن توجيها معينا أما التفرقة بين الحريات المطلقة والحريات التى خول الدستور للمشرع تنظيمها للقول بأن سلطة المشرع فى الحالة الأخيرة سلطة تقديرية وانه يعتبر منحرفا اذا هو تجاوز التنظيم الى النقض أو الانتقاص من هذه الحريات هذه التفرقة غير مبرره لأنه بجانب انه لا توجد فى العمل حريات مطلقة فان المشرع اذا لم يقصر عمله على تنظيم الحرية بل تجاوز ذلك الى نقضها أو الانتقاص منها لا يعتبر منحرفا فى استعمال السلطة التشريعية بل يكون مخالفا للدستور الذى اسند اليه ولاية التنظيم لا الاعتداء على الحرية أو تقييدها هنا تكون مخالفة المشرع لاختصاصه الدستورى .

وأما عدم احترام الحقوق المكتسبة والمساس بها فى غير ضرورة أو من غير تفويض فان ذلك لا يعد انحرافا فى استعمال السلطة التشريعية بل هو مخالفة للدستور اذا كان الدستور لا يجيز الرجعية فى التشريع فاذا هو أجازها استثناء فان مراقبة القضاء للمشرع عندما يعمل هذه الرخصة تكون من اشق الامور لاننا نكون قد تجاوزنا نطاق النصوص الدستورية المحددة الى ما يعتبر من الملاءمات وهو ما أشك أن القضاء يستطيع أن يراقب المشرع فيه كما هو الشأن فى سائر الملاءمات واما مخالفة التشريع

لمبادئ الدستور العليا والروح التى تهيمن على نصوصه فهى فى اعتقادى مخالفة للقانون وليس انحرافا فى استعمال السلطة اذ لا فرق بين مخالفة النص أو مخالفة روحه أما المبادئ المثالية التى اشار اليها ديجى كضوابط لعمل السلطة المؤسسة والمشرع فانها لا تعدو أن تكون صورة أخرى لمبادئ القانون الطبيعى المجردة من أى جراء قانونى فلا يتصور بداهه أن توصف مخالفتها بأى انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ويبدو مما قدمناه[١] أن نظرية الانحراف فى استعمال السلطة غريبة عن الفقه الدستورى ولا يمكن التسليم بها فى مجال السلطة التشريعية وبرغم ما بذل فيها من جهد إلا أن معاييرها الموضوعية تؤدى إلى اختلاف وجهات النظر فى التطبيق اختلافا بينا مما يعرض العمل التشريعى للاضطراب وعدم الاستقرار فمن الاسلم اذن ان يقنع القضاء بالرقابة على دستورية القوانين بالمعنى المتعارف عليه فى قضاء المحاكم التى تفرض هذه الرقابة ولا يتوغل فى الرقابة حتى لا يمس استقلال السلطة التشريعية ويتدخل فى ملاءمات العمل التشريعى ومناسباته من النواحى السياسية والاجتماعية والاقتصادية أما سلوك غير هذا السبيل فهو فرض نوع من الرقابة القضائية المتحكمة التى تقترب حقا من رقابة حكومة القضاء انه لا غضاضه أن تصل الرقابة القضائية على تصرفات الاداره الى اقصى الحدود لأن الأصل[٢] هو اخضاع السلطة الادارية لرقابة القضاء وان توجه تصرفاتها مجموعة من الاهداف والغايات لا يجوز لها أن يخرج عنها بصفة دائمة اما رقابة القضاء على تصرفات السلطة التشريعية فهو استثناء من اصل عام ورقابة الدستورية اذا لم ينص عليها صراحة أو يعهد بها الى جهة قضاء خاصة لا تقوم على أساس

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - ص ١٤١ .

(٢) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - ص ١٤٣ .

خضوع السلطة التشريعية للقضاء على اساس اخضاع السلطة التشريعية للدستور ومثل هذه الرقابه غير المباشرة على التشريع لا يمكن أن تتسع بداهة لما تتسع له الرقابة المباشرة علي القرارات الادارية على أنه حتى لو انشئت[١] جهة قضاء خاصة تتولى الغاء التشريعات المخالفة للدستور فاننا نشك مع ذلك فى امكان اتساع الرقابة عندها لنظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية اذ لا يعنى تخويل القضاء سلطة الغاء التشريعات المخالفة للدستور وممارسته لسلطة تعلو سلطة المشرع أو احلال تقديراته محل تقديرات المشرع ووقوف السلطة التشريعية أمام القضاء من يؤدى حسابا عن مقاصده وأهدافه فى حين أن جوهر السلطة التشريعية هو حرية المقاصد والأهداف مهما كان وضع القضاء فى نظام ديمقراطى فإنه لا يسمح له باهدار تقديرات السلطة التشريعية بحجة الرقابة على دستورية القوانين اذ ان الزام المشرع بالعمل داخل حدود الدستور لا يمكن أن يعنى مراقبة القضاء لنوايا المشرع وتقديراته وإلا لأدى ذلك الى تعطيل معني السيادة الشعبية فضلا عن أن مثل هذه الرقابة لا تعد عندئذ فصلا فى خصومة قانونية بل تعد نوعا من التشريع الذى يقوم به القضاء بطريق غير مباشر ما دام أنه يحل تقديره محل المشرع والرقابة على الوجهين السابقين فيها مخالفة لأصول النظام الديمقراطى ضمنا .

رأينا فى هذا النقد :

يذهب الفقيه الى أن التقدير والتقييد اذا ساغ أن يرد على سلطة الادارة فانه غير متصور بالنسبة لسلطة التشريع ذلك أن السلطة التقديرية فى ماهيتها تعنى أن لا يكون هناك طريق رسمه المشرع من قبل تلتزم

---

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق – ص ١٤٤ .

الاداره التصرفات على مقتضاه والسلطة التقديرية بهذا المعنى فى نطاق التشريع هى جوهر التشريع .

والواقع اننا اذا اقتصرنا فى الرد على هذه الجزئية فقط فأننا نجد ان هذا القول لا يقوم على اساس صحيح من حكم الدستور فهناك قيود عديدة على سلطة المشرع تجعل سلطته مقيده بما نص عليه الدستور وقد عرضنا لجانب من عناصر التقييد والتقدير فى أركان القانون المختلفة ووجدنا أن هذا التقيد والتقدير انما يفترق عن التقيد والتقدير فى عناصر القرار المختلفة فى المدى فقط وفى النطاق فالتقدير فى العلاقة بين المشرع والسلطة التأسيسية أوسع بالقطع فكلما كان التصرف الادنى من الأعمال المشرعه فان العلاقة التى تقوم بين قاعدة عامة وقاعدة عامة ادنى منها لا يمكن ان تكون علاقة تنفيذ(١) .

فمما لاشك فيه أن هنا نطاقا تكون سلطة المشرع فيه تقديرية ومطلقة ونطاقا آخر تكون سلطته فيها مقيدة وقد أوضح الفقيه فكرته عن انتفاء نطاق التقيد من سلطة المشرع بقوله ان الضمانات الدستورية للحريات مثلا هى من القيود التى ترد على سلطة المشرع فلا يستطيع ان يخرج عنها ولكن سلطة المشرع هنا ليست مقيدة بنفس المفهوم عن تقيد القرارات الادارية ذلك أن المشرع لا يزال حرا فى اختيار الأسلوب الذى يعالج به الحريات فسلطته فى الابتداع لم يلاشها القيد الدستورى وكل ما يعنيه هذا القيد هو تحديد مجالها فالقيود الدستورية لا ترد على سلطة المشرع فى التقدير ولا شك أن فى هذا القول تأكيدا لما أوضحناه من اختلاف سلطة

(١) د/ طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة للقانون ص ٨١ .

المشرع التقديرية فى المدى ولتوضيح ذلك نجد ان هناك من القرارات الادارية وفقا للمعيار الشكلى المطبق فى مصر وفرنسا ما يسمى باللوائح المستقلة وهى تلك التى لا تعتبر تنفيذا لقانون معين فهل لوجود هذه اللوائح اثر على سلطة الادارة ؟ هل نقول انه فى نطاق هذه اللوائح وهى تتضمن قواعد عامة يختلف تقدير الادارة عن نطاق القرارات الادارية الاخرى أم اننا سنذهب الى ان مدى التقدير فى اصدارها وفى تحديد محتواها أكبر من مدى القرارات التنفيذية فالقول بعدم وجود نطاق تقديرى وآخر مقيد لسلطة المشرع يتجاهل حقيقة القيود الدستورية العديدة التي تبلغ حد تحديد الموضوعات التى تصدر فى شكل قانون على سبيل الحصر بحيث لا يجوز للقانون أن يتناول موضوعات أخري كما هو الحال فى دستور ١٩٥٨ فى فرنسا فهل عندئذ نقول ان تنظيم المشرع لهذه الموضوعات هو تنظيم مطلق ؟ الواقع ان سلطة المشرع مقيدة فى نطاق منها واوضحنا عناصر التقيد والتقدير فى مختلف اركان القانون ويهمنا هنا ما ذهب اليه الفقيه من المزج بين عناصر التقدير وسلطة المشرع فى الابتداع ولاريب أن سلطته فى الابتداع تحدها أيضا النصوص الدستورية فتوجد هناك ايضا سلطة مقيدة ولكن يختلف الوضع عن قيود الادارة ففى نطاق التشريع الاصل الا يخالف المشرع الدستور أما في نطاق سلطة الادارة فيجب أن يكون قرارها على الاقل قائما على أساس من القانون ومن هنا فان الفارق فى طبيعة القيود ذاتها أن هناك قيود حقيقية تمثل الحد الادنى وهناك قيود أخرى تمثل الحد الاقصى والفقيه نفسه ينتهى إلى أن القيود الدستورية تعنى بالنسبة للمشرع تحديد مجال سلطته كما هو الشأن فى تحديد سائر الاختصاصات أى أن هناك قيودا من نوع ما وان هذه القيود

تعنى وجود سلطة مقيدة وسلطة تقديرية وإلا لما اصبح لوجود القيود معنى والواقع أن المشرع يملك حرية هائلة فى معالجة أية موضوعات وبأية طريقة يجدها مناسبة ولكن وجود الدستور جعل هذه السلطة تقف عند حد مخالفة الدستور وبعدها تظهر سلطة المشرع الواسعة فالقول بعدم وجود سلطة مقيدة فى نطاق التشريع فيه تجاوز عن أن الدستور قد يقيد المشرع فى بعض الحالات مثل تلك التى يحدد له فيها الهدف المخصص الذى يجب أن يتغياه ويضع بذلك قيدا موضوعيا على المشرع وتلك النصوص الدستورية التى تتضمن حقوقا مطلقة لا تقبل التنظيم من قبل المشرع ويتدرج نطاق التقدير ونصل الى نصوص الدستور التى تحدد للمشرع فقط النطاق الذى لا يتعداه ونحن بعد ذلك نتفق مع ما انتهى اليه الفقيه من أن أى محاولة لتخصيص الهدف الذى يجب أن يتجه التشريع الى تحقيقه محاولة متناقضه مع واجب المشرع فى التجاوب مع مقتضيات التطور وهذا التجاوب ذاته سلطة اذا انكرت على المشرع أو ضيق من نطاقها انهارت سلطة التشريع ذاتها[1] وقد أوضحنا فيما سبق عدم جواز تخصيص الاهداف من قبل القاضى الدستورى وانه لا يجوز القياس هنا على دور القاضى الادارى نظرا لما بلغه الاخير من تطور هائل من ناحية ولأن هذا التخصيص من الناحية الفنية لا يقيد نظرية الانحراف وانما يثير التساؤل حول طبيعة العيب ذاته. اننا نتفق مع تحليل الفقيه لمختلف الفروض الخمسة وانتهائه الى أنها عيوب موضوعية لمخالفة القانون للدستور وليس للانحراف ولكننا لا نتفق معه حيث ذهب الى أن نظرية الانحراف فى استعمال السلطة غريبة عن الفقه الدستورى ولايمكن التسليم بها فى مجال السطة التشريعية ذلك

---

(١) د/ محمد عصفور : المؤلف سالف البيان – ص ١٣٩ .

أن الانحراف بالتشريع فى رأينا هو القيد الوحيد الذى يمكن ان يحد من سلطان المشرع فى التقدير فكلما اتسعت السلطة التقديرية للمشرع كلما تضاءلت وسائل الرقابة الأخرى ولا يبقى منها إلا الانحراف ففضلا عن أن الانحراف لا يؤدى الا الى رقابة الحد الادنى للسلطة التقديرية متمثلا فى ان نية مصدر القانون لم تتغيا سوى الصالح العام وهو قيد ليس بالمعطل لسلطة المشرع التقديرية ولا يؤدى الى حلول تقدير القاضى محل تقدير المشرع وذلك فى حالات الرقابة الصحيحة على الانحراف وانما يكشف عن الاهداف غير المشروعة التى تتغياها مصدر القانون ففضلا عن أن اقامة البديل لرقابة الانحراف هو توسيع القضاء لسلطته فى التفسير وتطبيق الدستور توسيعا يؤدى إلى التطرق الى نطاق الملاءمات تحت ستار التفسير وفضل ظهور نظرية الانحراف بالسلطة هو لتوضيح عناصر القرار المختلفة ومدى التقيد والتقدير لسلطة الادارة على هذه العناصر لمعرفة مدى ونطاق رقابة القضاء والحدود التى تخطاها وتلك التى ابقى عليها أما الاكتفاء بسلطة المحكمة الدستورية فى التفسير فانه يؤدى اما الى عدم جدوى الرقابة اطلاقا لأن المشرع ليس من الصعب عليه اخفاء عناصر عدم دستورية التشريع تحت ستار من اختصاصاته المشروعة أو قواعد الصياغة والغرض الثانى أن يعمق القضاء دوره فى التفسير ليمده الى نطاق الملاءمة كما فعلت المحكمة العليا الأمريكية . ومن هنا كانت أهمية وجود نظرية الانحراف فى النطاق الدستورى لا تقل عن تلك الموجودة فى النطاق الادارى بل تزيد عليها لأنه لدى القاضى الادارى من رقابة الاسباب ما يغنيه عن رقابة الاهداف ولقد رأينا انه عندما بلغت رقابة السبب فى القرار الادارى منتهاها انحسرت رقابة الانحراف ولم تعد نسمع عنها الا قليلا

لعدم حاجتنا اليها مادمنا نراقب موضوعية تحقيق القرار لاهدافه . وكما يحسب لهذه النظرية (الانحراف) انها تقيم حدا فاصلا بين نطاق رقابة المشروعية ورقابة الملاءمة فالقاضي الدستوري عند فحصه للانحراف لن يبحث ملاءمة المحل للسبب أو للغاية كما يمكن أن يفعل نظيره الاداري ومن هنا يبرز وجه الطعن بالانحراف كحل اخير أمام تشريع في ظاهره الصحة وباطنه الفساد وباطنه هذا لا يمكن اكتشافه بغير معرفة نية مصدره وغايته وهدفه وبغير هذا يبقى التشريع ظاهر الصحة .

ومن هنا كان قول الفقيه بأن القضاء لا يجب أن يتدخل بهذه النظرية في ملاءمات العمل التشريعي ومناسباته من النواحي السياسية والاقتصادية[1] قولا يتجاهل ما ذكرناه من أن رقابة الانحراف ليست رقابة ملاءمة ولقد وضح هذا تماما عند عرضنا لنظرية التعسف في استعمال الحقوق الادارية فضلا عن القول بأن رقابة الانحراف تعتبر تدخلا في النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية أمر غير مفهوم في نظرنا لان القاضي لا يحكم على غايات التشريع بالصحة والبطلان من حيث هي كذلك فقط وانما يوازن بين ما ابتغاه المشرع من ناحية وبين حقيقة الصالح العام بمعناه الواسع من ناحية اخرى فنحن ننادي بأن القيد على غاية المشرع هو الصالح العام بمعناه الواسع والمطاط فلا حجر على المشرع بتحديد غاية مخصصة له من قبل القاضي ذلك ان القاضي في نطاق الانحراف يحاسب المشرع على نيته وغرضه الحقيقي الذي يكون غير معلن عنه غالبا وانما يستتر المشرع وراء غايات وهمية لاخفاء حقيقة نواياه فالحكم هنا على صحة هذه النية أو بطلانها في الحالات التي تتغير طبيعة القوانين ومدلولها

---

(١) د/ محمد عصفور : المؤلف سالف البيان – ص ١٤١ .

بتغير هذه النية كما سيبين فيما بعد . أما الحكم على أهداف التشريع السياسية والاجتماعية والاقتصادية فهو أمر غير صحيح فهو يعنى حكما على التشريع بآثاره وهذا لا يدخل فى نطاق سلطان القاضى ونلاحظ اخيرا ان مصدر الاعتراض على النظرية فيما يبدو من قبل الفقيه هو فحسب تخويل القضاء وليس هيئة قضائية معينة بالدستور لهذه السلطة ويتضح من قول الفقيه ان الرقابة الدستورية اذا لم ينص عليها صراحة أو يعهد بها الى جهة قضاء خاصة فهى استثناء من أصل عام ومثل هذه الرقابة غير المباشرة لا تتسع بداهة لما تتسع له الرقابة القضائية على القرارات الادارية التى ترجع الى أن الاصل هو خضوع السلطة الادارية لرقابة القضاء[1].

والواقع أنه فى نظرنا لا فرق بين وجود محكمة دستورية مختصة لفحص دستورية القوانين أو ان هذا الفحص يتم من جانب القضاء دون نص مثلما كان الحال عليه فى مصر قبل انشاء المحكمة العليا فعيب الانحراف عيب قانونى يمكن ان يعمل اثره فى النطاق الدستورى مثلما كان يعمله فى النطاق الادارى ولا وجه للمقارنة بين خضوع الادارة للقانون وخضوع المشرع للدستور باعتبارهما نقيضان بل هما من الامور المترادفة وقاعدة تدرج الاعمال القانونية تختم خضوع الادارة ولتشريع للدستور غير ان الادارة تخضع للقانون والدستور والمشرع يخضع للدستور فقط واذا كان الاصل هو خضوع السلطة الادارية لرقابة القضاء فانه ليس من الاصول المسلمة ان تبلغ رقابة القضاء مبلغ الحلول محل الادارة كما حدث فى تطور الرقابة القضائية مثلا واخيرا فان الفقيه يردد مخاوفة من أن تؤدى الرقابة الى الحد من حرية المقاصد والاهداف التى للمشرع[1] فى حين أن رقابة الانحراف لا

---

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - ص ١٤٣ .

تحجر على حرية هذه المقاصد والاهداف مادامت مشروعة ومحققه للصالح العام فى معناه الواسع ولا يمكن القول أن الرقابة على الانحراف تعد نوعا من التشريع حيث يحل القضاء محل المشرع فى تقديره فعندنا ان سلطة المشرع التقديرية والاصلية هى فى نطاق سبب القانون ووقائعه وله ان يستند الى أية اسباب فتلك منطقة تقديرية واذا تدخل فيها القاضى فانه يحل تقديره هو محل تقدير المشرع على النحو الذى رأيناه فى رقابة القضاء الادارى للقرارات الادارية وهذه منطقة التقدير بالاضافة الى هذا فهناك الاهداف التى يمكنه أن يحققها دون معقب عليه ولكن يجب أن تكون هذه الاهداف الظاهرة متفقة مع أهدافه الباطنة ونيته الحقيقية فالقاضى لا يحكم على الهدف الظاهر ولكن على الهدف الباطن وهل هو متفق مع هذا الهدف الظاهر أم لا . من هنا ليس هناك تقدير لهذا الهدف الظاهر من حيث ملاءمته أو عدم ملاءمته وانما التأكد من مطابقته لحقيقة نية المشرع أو عدم مطابقته لهذه النية ومن هنا تنفتح احتمالات وجود انحراف تشريعى .

ولكن مادمنافى صدد توضيح فكرة الانحراف فيجب أن نشير الى أن الكشف عن غايه أو هدف أو نية المشرع هو أمر يقوم به القضاء عموما عند حاجته الى تفسير النصوص التشريعية لتطبيقها غاية الأمر أن القاضى فى حالة محاولته الكشف عن غاية المشرع من تشريعه انما يفعل ذلك ليطبق هذه الغاية فعلا لا ليحاكمها ويقارنها بالصالح العام ليعرف ما اذا كانت محققة لهذا الصالح العام أم لا ولكنه يحاول الوصول الى هذه الغاية باستعمال ذات الطرق التى يستعملها القاضى الدستورى للوصول الى نية المشرع الحقيقية فيستعين بالأعمال التحضيرية والمناقشات البرلمانية

---

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - ص ١٤٤ .

والمذكرات الايضاحية غير ان القاضى الدستورى يتعمق قليلا فى البحث لانه لا يهدف الى الوصول الى غاية المشرع التى تبررها هذه المضابط أو المذكرات فهى لا تكشف عن هذا الغرض الخفى الذى قد يكون متعارضا مع الصالح العام ولهذا يستعين بأدلة أخرى من أوراق الدعوى ووقائع يسردها المدعى بالانحراف التشريعي ويحاول اثباتها بما لا يحتاج اليها القاضى العادى فى وصوله الى غاية التشريع إلا أن طريقة البحث فى مجملها تقوم على أساس واحد هى محاولة معرفة غاية المشرع فلما تنكر على القاضى محاولته الوصول الى هذه الغاية على حقيقتها فى حين نسمح له باستنباط الغاية التى يراها من التشريع ليطبقها على الدعوى فى حالة غموض النص؟ إن هذه التفرقة لا تقوم على أى أساس قانونى فالقاضى الدستورى ووفقا لطبيعة عمله يقوم دائما باستقصاء غرض المشرع من تشريعه اذا صادفه غموض فى فهم نصوص هذا التشريع ، يحتاج معه الى معرفة الغاية منه ليتسنى له فحص دستورية النص وكذلك يفعل سائر القضاة عندما يشوب نصوص القانون قصور أو غموض فلما لا تسلم لنفس هذا القاضى بحقه فى الوصول الى الغاية الحقيقية للتشريع ومقارنتها بالغاية التي يجب أن يستهدفها التشريع وهى الصالح العام؟ ومن هنا ندرك أن البحث عن هذه الغاية والوصول اليها ليس هو السبب الرئيسى للتخوف من تقرير عيب الانحراف التشريعي وانما تخوف الفقه يكمن فى الاثر المترتب على ظهور هذه الغاية الحقيقية ومحاكمتها وهو ابطال التشريع اذا كانت هذه الغاية غير مشروعة فى حين أن القاضى فى استنباطه لغاية المشرع عند تفسيره للنصوص لا يحاكم هذه الغاية وانما يعمل بها ويطبقها دون أن يزنها أو يقارنها بالصالح العام فهو يطبقها كما هى ومن هنا يظهر

أن الفارق هو فى أثر البحث عن الغاية وليس فى اسلوب البحث أو امكانيته فالبحث عن غاية المشرع أمر قائم ويفعله القاضى كثيرا ولكن تمحيص هذه الغاية هو محل الخلاف والنظر ونود أن تشير الى أنه قد يبدو أن هناك فارقا بين عمل القاضى لتفسير النص التشريعى حيث يحاول الاستعانة بغاية المشرع ليفسر قصورا أو نقصا فى التشريع فى حين أنه فى حالة البحث عن غاية المشرع للحكم عليها بالصحة أو البطلان فإن القاضى الدستورى يحاول الوصول الى غاية المشرع فى حين أن النص واضح وعباراته صريحة ، هذا القول مردود عليه بأن القاضى الدستورى حين يحاول الوصول الى حقيقة التشريع فهو لا يفسره أو يدعى أنه يفسره بل هو يقوم بفحص قضائى يسمح به نظامه القانونى كسماح هذا النظام للقاضى بأن يهيمن على تكييف طلبات الخصوم فى الدعوى مثلا وأخيرا فإنه فى حالات كثيرة يتستر القاضى العادى أو الادارى أو الدستورى وراء ستار تفسيره للنص ليخرج عن النص ذاته بدعوى غاية التشريع أو أهداف المشرع فى حين أن ما فرضه فى تفسيره للنص هو غايته هو (القاضى) وأغراضه هو أما القاضى الدستورى عند بحثه عن الانحراف التشريعى بدعوى وجود غاية أو غرض غير موجود ولا يتستر تحت دعوى تفسير النص أنه يحاول الكشف عن الغموض الحقيقى وهى مشكلة سنقوم بعرض أوفى لها فيما بعد.

كما ذهب أحد الفقهاء الى أن المشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد ويتقيد على الراجح بالمبادئ الطبيعية العامة التى تستمد وجودها من وجود الإنسان وآدميته والتى أعترف القضاء فى مصر وفرنسا بوجودها وبالزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص فى دستور الدولة إلا أنه مهما كانت تلك القيود فانها تترك للمشرع حرية شبه مطلقة يستطيع

بمقتضاها ان يضع من القواعد ما يشاء ولهذا فإنه من التجاوز أيضا الحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التشريعية وذلك أن حرية السلطة التشريعية تختلف اختلافا بينا عن السلطة التقديرية فالاصل هو حرية السلطة التشريعية والاستثناء هو القيود التى يضعها الدستور وهى قيود فضفاضه عادة أما بالنسبة للادارة فإن الأصل ان تقتصر وظيفتها على تنفيذ ما جاء بالقوانين وفى حدودها الاختصاص المخول لها ومن ثم كان التقيد هو الأصل والحرية هي الاستثناء ومن ناحية أخري فإن السلطة التشريعية فى نطاق الحرية التى تتركها لها السلطة التأسيسية تختار بمطلق ارادتها ودون معقب عليها التنظيم الذى يتفق والصالح العام واذا اخضع الدستور التشريع العادى لقيود معينة فيما يتعلق بالشكل والاختصاص والمحل فإن المسلم به أن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع لأن ذلك يتعلق بنطاق السياسة أكثر منه بالقانون ولاشك أن الاهداف التى يعمل لها حزب اشتراكى غير تلك التى يريدها حزب يمينى وما دامت التشريعات الصادرة من البرلمان لا تخالف نصا صريحا فى الدستور سواء كانت المخالفة مباشرة أو غير مباشرة[1] فان تقدير مدى الآثار الاجتماعية للقانون يجب أن يترك للمشرع دون معقب عليه الا من الرأى العام بالطريق الذى ينظمه الدستور وعلى العكس من ذلك ليس للإدارة أن تقدير فيما يتعلق بالغاية من تصرفاتها بل تخضع الادارة فى ذلك لقيود تشريعية ورقابة قضائية وعليه فحرية السلطة التشريعية تختلف عن السلطة التقديرية للادارة فى الجوهر والطبيعة لا فى الدرجة فحسب . وبعد استعراض الفقيه[1] لنظرية دكتور السنهورى وفروضه الخمسة ذهب تعليقا

---

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٣٥ .

عليها الى أن السلطة التشريعية وفقا لمبدأ فصل السلطات تملك التشريع أصلا ومهمتها في هذا الصدد حره والقيد لا يرد الا بصفة استثنائية وفى حدود فضفاضه بل تنعدم تلك القيود كلية فى حالة الدساتير المرنة ومن ثم فان حرية البرلمان فى التشريع أبعد من ان تقاس على حرية الادارة فى التنفيذ فالقيد على الادارة هو الاصل ومجالها محدود بالوقوف عند ارادة المشرع وأهدافها محدودة باستمرار وقد صيغت نظرية الانحراف الادارية على أساس منع اساءة استعمال السلطة لتسخير سلطات القانون العام لتحقيق أهداف شخصية لا علاقة لها بتحقق المصلحة العامة وحتى فى حالة تخصيص الاهداف وهى التى تنحرف فيها الادارة بسلطتها لتحقيق غرض من أغراض الصالح العام فان الهدف يتحدد بشكل واضح لا خلاف عليه أما اهداف التشريع فلا يمكن بل ليس من المصلحة العامة أن تحدد بصورة معينة لأن ليس لجماعة معينة أن تفرض ارادتها باستمرار على جماعة أخرى والنظام الاجتماعى يتطور باستمرار ويتسحسن ان يترك تقدير ذلك للجماعة ممثلة فى برلمانها[٢] ولكن على السلطة التشريعية أن تتقيد بالنصوص الواردة فى الدستور لا بأحكامه الصريحة فحسب بل بأحكامه الضمنية أيضا وعلى الاساس السابق يمكن اعتبار معظم التشريعات التى عرضها دكتور السنهورى غير مشروعة لمخالفة الدستور لا للانحراف واذا كانت رقابة القضاء الادارى على أعمال الادارة مقبولة فلما بينها من صلات ووشائج تجعل القضاء الادارى غير غريب عن الادارة وملم بمقتضيات سير المرافق العامة وهذا ما لا يمكن تحقيقه فى العلاقة بين السلطة

---

(١) د/ الطماوى : ص ٣٨ .

(٢) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٤٢ .

التشريعية والقضاء اللهم الا اذا ترك تحقيق تلك المهمة لهيئة سياسية يشكلها الدستور نفسه وتقضى فيه لا على ضوء الاعتبارات القانونية فحسب بل على الاعتبارات السياسية والاجتماعية والاقتصادية[1].

رأينا الخاص :

من الملاحظ أن قياس السلطة التقديرية للمشرع على سلطة الادارة التقديرية هو الانتقاد الاساسى لدى فقهاء آخرين الا أن الاتفاق بين جميع الفقهاء كان على اساس ان الحالات التى جاء بها دكتور السنهورى تمثل مخالفة موضوعية للدستور لا تستحق بناء نظرية من أجلها[2].

وبعد ان يقرر الفقيه الكبير ان المشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد ويتقيد على الراجح بالمبادئ الطبيعية العامة التى تستمد وجودها من وجود الإنسان وآدميته الا انه يذهب إلى من التجاوز الحديث عن السلطة التقديرية للسلطة التشريعية لان الاصل هو حرية السلطة التشريعية والاستثناء هو القيود التى يضعها الدستور وهى قيود فضفاضة عامة ومن ثم كان التقيد هو الأصل والحرية هى الاستثناء وهذا القول ترديد لما سبق من عدم وجود ما يسمى بالسلطة التقديرية فى مجال التشريع وهو قول قد رددنا عليه الا أننا نشير هنا إلى دوام القياس بين القانون والقرارات الادارية والخروج بنتيجة مؤداها عدم جواز التحدث عن سلطة تقديرية للمشرع استنادا الى أن القرار الادارى هو قرار تنفيذى فى المقام الأول مع

---

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٤٣ .

(٢) انظر د/ رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى ص ٣١ سنة ١٩٨٠ - ص ٥٠-٥١ حين يقارب ما انتهى اليه د/ الطماوى من المقارنة فى القياس بين النظرية فى المجال الادارى والمجال الدستورى وانظر ما سيأتى عرضه من آراء الفقهاء أيضاً .

أن هناك كثيرا من القرارات الادارية ما لا تعتبر تنفيذا لقواعد وردت بالقوانين ولقد اشرنا عند الحديث عن التقيد والتقدير فى عناصر القرار المختلفة الى أن الادارة تملك أن تتدخل أولا تتدخل باصدار القرار أو عدم اصداره وهذا أول نطاق للسطة التقديرية حيث لا يلزمها القانون بالتدخل وعليه فمن القرارات الادارية مالا تعتبر بالمعنى الفنى تنفيذا للقانون ويكفى القاء نظرة على القرارات التقديرية فى محلها وسببها لمعرفة أنه ليس هناك فارق الا فى نطاق ومدى السلطة التقديرية المعطاه للمشرع ولرجل الاداره وان كانت هناك قيود تتسع أو تضيق على سلطات كل منها كما ان قول الفقيه بأن السلطة التشريعية لها ان تختار بمطلق ارادتها ودون معقب التنظيم الذى يتفق مع الصالح العام هو قول نوافق عليه ولا نختلف معه فيه كما أن قوله بأن السلطة التشريعية تستقل بتقدير أهداف التشريع قول صحيح في نطاق الصالح العام وبمعنى عدم جواز تخصيص الاهداف من قبل القضاء والقول بأن التشريع لابد وان يصطبغ بصيغة الحزب الغالب في البرلمان هو أمر لا تأثير للقاضى الدستورى عليه فهو لا يفرض هدفا معينا من الاهداف المحققة للصالح العام على المشرع أو يحدد له صيغة معينة لهدفه فهذا ما لا شأن للقاضى الدستورى به كما هو الاصل فى رقابة القضاء الادارى على الانحراف بالسلطة فإذا استبعدنا قاعدة تخصيص الاهداف نجد ان القاضى الادارى لا يوازن ملاءمة الاهداف أو تناسبها مع محل القرار وانما يقوم بالموازنة بين الصالح العام كهدف واجب علي مصدر القرار وبين ما يبتغيه رجل الادارة حقيقة من اصداره لقراره وهل ما يبتغيه هذا يحقق الصالح العام أم لا وعليه فإنه قول الفقيه بأن تقدير مدى الآثار الاجتماعية للقانون يجب أن يترك للمشرع هو أمر مسلم

به ولا علاقة له بالانحراف أو بغيره من عيوب القانون فليست هناك رقابة للقاضي الدستوري على آثار التشريع اجتماعية كانت أو سياسية لأنها تدخل في نطاق الملاءمة المحرم على القضاء عموما ونود أن ننوه أن الفقيه ذهب الى أنه على العكس من ذلك فليس للادارة أى تقدير فيما يتعلق بالغاية من تصرفاتها بل تخضع الادارة في ذلك لقيود تشريعية ورقابة قضائية[1] هذا القول من الفقيه وان كان تقريرا لحقيقة واقعة الا اننا يجب ألا نتجاهل أصل التقدير والتقيد في الغاية التي كانت لدى الادارة والعوامل التي أدت إلى تقيدها فالاصل ان الادارة لم تكن مقيدة سوى بالصالح العام في عنصر الغاية وبتطور الرقابة القضائية على هذا العنصر - الغاية - أدى إلى ابتداع القضاء لرقابة السبب ولمبدأ تخصيص الاهداف التي هي فرض لاهداف القضاء أنفسهم تحت ستار أنها هدف مخصص من قبل المشرع فهذه القيود التي نتحدث عنها بالنسبة لعنصر الغاية اذا جردت من عامل تطور القضاء نجد أنها تقع في الصالح العام بمعناه الواسع وهو نفس ما ننادي به بالنسبة لغاية القانون فلا يمكن التفرقة بين غاية القرار وغاية القانون من هذ الزاوية واخيرا فان قول الفقيه بأن أهداف التشريع لا يمكن بل ليس من المصلحة العامة أن تحدد بصورة معينة فهذا قول مردود بأن الحكم في الانحراف لا يكون على الغايات بل هو البحث عن حقيقة هذه الغايات وهل هي الغايات الصحيحة أم أن المشرع يخفي غايات أخري غير مشروعة ولعلنا أخيرا نتفق مع الفقيه فيما انتهى اليه من أن معظم التشريعات التي ضربها الدكتور السنهوري غير مشروعة لمخالفة الدستور

---

(١) د/ الطماوي : القرارات الادارية ص ٣٦ .

لا للانحراف[١].

وقد انتهى أحد كبار الفقهاء[٢] بعد أن استعرض القروض الخمسة الواردة فى نظرية دكتور السنهورى إلى أن المشرع متى خول من قبل الدستور بتنظيم حرية من الحريات انما يخول الحق فى أن ينتقص من هذه الحرية فإن من له حق التنظيم لإحدى الحريات كان له حق وضع قيود على تلك الحرية والقيود تنطوى على الانتقاص من هذه الحرية أما القول بألا يجب أن يكون انتقاصا خطيرا والا كان التشريع معيبا بالانحراف فاننا نتساءل متى يعد ذلك الانتقاص خطيرا أو أين هو المعيار الموضوعى الذى يمكن اتخاذه لقياس أو لوزن مبلغ خطورة ذلك الانتقاص[٣]. والواقع أنه حين يقر أحد الدساتير أو احدي وثائق اعلان الحقوق مبدأ حرية من الحريات ثم يخول للمشرع حق تنظيم هذه الحرية فان المشرع ليس عليه من الناحية القانونية سوى قيد قانونى واحد هو عدم الغاء أو هدم تلك الحرية أما ماعدا ذلك من بنود فهى قيود سياسية ضمنية يرجع فيها الى البرلمان تحت رقابة الرأى العام وحده فاذا قررنا للقضاء سلطة النظر فيما اذا كان التشريع ينتقص من الحريات اتقاصا خطيرا أو غير خطير فان القضاء فى هذه الحالة يخرج من نطاق مهمته وهى النظر فى رقابة المشروعية الى النظر فى رقابة الملاءمة أى رقابة سياسة التشريع وليست هذه مهمة القضاء وجميع الامثلة التى يذكرها دكتور السنهورى هى مخالفة لنصوص الدستور

(١) د/ الطماوى : المرجع السابق - ص ٤٢ .
(٢) د/ عبدالحميد متولى : الوسيط فى القانون الدستورى جـ١ سنة ١٩٥٦ ص ٦٤٨ .
(٣) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦١٦ .

الموضوعية[١] .

إن نصوص الدساتير لا سيما فيما يتعلق بالحريات انما ترسم عادة بصورة عامة الخطوط الرئيسية للفلسفة السياسية والاجتماعية التى يجب أن تستوحيها سياسة الدولة التشريعية وكذلك نجد الدساتير تترك للمشروع قسطا وافرا من الحرية حتى تستطيع أن تتلائم تشريعاته مع الظروف الجديدة المتغيره التى قد لا تكون أحيانا فى دائرة حسبان واضعى الدستور.

لذلك نجد نصوص الدساتير بهذا الصدد قلما تفرض على المشرع قيودا فى تنظيم تلك الحرية المنصوص عليها ولا تضع بيانا بالشروط والحدود التى يجب مراعاتها سواء من جانب المشرع أو من جانب الأفراد وأمثال هذ النصوص التى نجدها فى الدساتير لا يمكن أن نجد أمثالها فى القوانين ، فالقوانين لا تنتهج المنهج الذى تسلكه الدساتير أى أننا عادة لا نجد القوانين تتضمن نصوصا من طراز هذه النصوص العامة ولانجد القانون يترك للسلطة الادارية بيان الحدود والشروط التى يجب مراعاتها وغير ذلك من الأحكام الضرورية من أجل اعمال نص القانون وتطبيقه ولذلك كان قياس حالة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية على حالة الانحراف فى استعمال السلطة الادارية هو قياس مع الفارق[٢] .

ثم ان السلطة التشريعية تحرص عادة على عدم مخالفة الدستور مخالفة ظاهرة صريحة والا أثارت الرأى العام ضدها فالتشريع الذى يطعن فيه لمخالفته للدستور (سواء كانت المخالفة لروح الدستور أو حتى لنَصه)

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : ص ٦٦٩ ، ٦٧٠ .

(٢) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦٧١ .

انما يكون عادة من الحالات التى يشوبها الكثير من اللبس والفوضى فالقضاء حين يتطرقوا الى باب روح الدستور أو المبادئ الدستورية العليا فانما يقتحمون باب التقديرات والنزعات الخاصة السياسية وسينتهى الأمر الى احلال الرأى السياسى للقاضى مكان الرأى السياسى للمشرع أى ان الامر سينتهى الى اعتداء من جانب السلطة القضائية أى انتهاك مبدأ سيادة الامة ومبدأ فصل السلطات معا[١].

وانتهى الفقيه الكبير الى أنه اننا اذا كنا نوافق على مبدأ رقابة انحراف السلطة التشريعية فان الاوفق فيما أرى نظرا للاعتبارات التى تقدم بيانها ان توكل مهمة هذه الرقابة الى هيئة أخرى غير المحاكم العادية الى هيئة يقرر الدستور انشاءها على ان يراعى فى تكوينها ان تجمع بين عناصر قضائية وعناصر سياسية غير ذات صبغة حزبية أى من رجال معروفين باستقلال الرأى ولسنا فى حاجة الى القول ان مثل هذه الهيئة لا يمكن بداهة أن يقتصر اختصاصها على مجرد النظر فى حالة انحراف السلطة التشريعية فى استعمالها لسلطتها فمن الطبيعى كذلك بل وقبل ذلك ان تختص بوجه عام بالنظر فى المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين والمراسيم بقوانين[٢].

رأينا فى الانتقادات :

نحن نوافق الفقيه الكبير فى تحليله لأغلب الفروض ولانتهائه الى انها انما تتضمن مخالفة موضوعية للدستور أو أنها تؤدى الى تطرق القاضى الى نطاق الملاءمات التشريعية كحالة الانتقاص الخطير من الحرية

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦٧٣ .

(٢) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦٧٥ .

وقد ذهب الفقيه الكبير الى أن الدستور حين يخول للمشرع حق تنظيم حرية من الحريات فانه يخول له الحق فى ان ينتقص منها فان من له حق التنظيم لاحدى الحريات كان له حق وضع القيود عليها والقيود تنطوى بداهة على الانتقاص منها إلا أنه يستطرد فيقرر انه حين يقرر أحد الدساتير أو احدى وثائق اعلان الحقوق مبدأ حرية من الحريات ثم يخول المشرع حق تنظيم هذه الحرية فالمشرع ليس عليه من الناحية القانونية سوى قيد قانونى واحد هو عدم إلغاء أو هدم تلك الحرية أما عدا ذلك من قيود فانها سياسية يرجع الامر فيها الى البرلمان تحت رقابة الرأى العام[١] واذا كنا نوافق على مبدأ عدم جواز رقابة الملاءمة فى القوانين الا ان القول بجواز الانتقاص من الحرية التى أوكل للمشرع تنظيمها انتقاصا خطيرا هو قول لا يستقيم مع طبيعة وظيفة القاضى الدستورى ويسهل عليه مراقبة هذا الانتقاص الخطير عن طريق رقابة التفسير التى يستعملها فى فحص دستورية القوانين فإذا ثبت له ان التنظيم المقترح من قبل المشرع يهدد الى حد كبير معالم الحرية التى كفلها الدستور فقد خرج المشرع على مقتضى التنظيم الى العمل على هدم الحرية فى الواقع ويستطيع القاضى الدستورى عن طريق التفسير ان يقرر ان فى ذلك خروجا على مقتضى التنظيم الذى أوكل الى المشرع ومن هنا لن تكون هنا رقابة ملاءمة لان الرقابة انصبت على القانون فقط لا العلاقة بين محله وسببه أو بين محله وغايته .

ويؤيد الدكتور عبدالحميد متولى مبدأ وجوب اتفاق التشريع مع نصوص وروح ومبادئ الدستور العليا غير انه تساءل عما اذا كان من شأن هذا ن يخرج بالقاضى من رقابة المشروعية إلى رقابة الملاءمة[١] والواقع

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦٦٨ .

اننا سوف نوضح فى غير قليل من التفاصيل كيف ان القاضى الدستورى يطبق هذه المبادئ العليا أو روح الدستور عند تفسيره للدستور وفحصه لدستورية القوانين لأنه بغير هذه المبادئ لن يستطيع أن يقوم بمهمته فى تطبيق الدستور غير انه لا يفصح عن حقيقة مهمته هذه وانما يظهر استعانته بهذه المبادئ عن فحص حقيقة تفسيره لنصوص الدستور والقانون واذا كان قياس الانحراف بالسلطة الادارية مع الانحراف التشريعى فى رأى الفقيه هو قياس مع الفارق فاننا نؤمن ان هذا الفارق يمكن تحديده فى بيان مضمون نظرية الانحراف التشريعى آخذين فى الاعتبار ظروف السلطة التشريعية ومطورين إلى حد ما هذا العيب مثلما فعل القاضى الادارى قبل ذلك أما قول الفقيه انه حين يعمل رجال القضاء الى استجلاء روح الدستور فانهم يفتحون امامهم ابواب التقديرات الشخصية فان هذا الباب مفتوح اصلا ولكن بصفة ضمنية لا يفصح عنها القضاء وذلك فى الدور الذى يقوم به القاضى فى تفسير الدستور والقانون والواقع اننا نتفق مع الفقيه الكبير فى تأييده لمبدأ رقابة الانحراف ونقدر الاعتبارات التى جعلته يقصر بحث هذا العيب على هيئة أخرى هيئة يقرر الدستور انشاءها[٢] غير اننا نختلف معه فى جواز جمع هذه الهيئة بين العناصر القضائية والعناصر السياسية للسبب ذاته الذى دعاه إلى ضم عناصر سياسية الى هذه العناصر القضائية وهى ان موضوع الرقابة يتطرق الى مسائل سياسية فى بعض الاحيان فنحن نؤمن ان القضاء يحول هذه المسائل السياسية الى مسائل قانونية ويبحثها على هذا الأساس .

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦٧٠ .

(٢) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٦٧٤ .

المبحث الثانى

رأى الدكتور أحمد كمال أبوالمجد[١]

ولقد افردنا لرأى دكتور أحمد كمال ابوالمجد مبحثا خاصا ليس فقط لانه تناول الانحراف التشريعى بافكار جديدة تتناسب مع رسالته القيمة فى مجال دستورية القوانين ولكن لان رسالته هذه تضمنت فروضا نعتبرها نحن انها أوضح تطبيق لفكرة الانحراف التشريعى وان لم يقم الفقيه الكبير بردها الى هذا العيب .

فبعد ان يستعرض الدكتور فروض الدكتور السنهورى الخمسة ينتهى الى التسليم بما ذكره المعترضون على النظرية من وجود فارق كبير بين السلطة التقديرية المتروكة للادارة وتلك التى يتمتع بها المشرع وان كان يعتقد ان هذا الفارق بين السلطتين هو فارق فى الدرجة وحدها اذ يكتفى الدستور عادة بتحديد قيوده على السلطة التشريعية بطريق سلبى وذلك بما يشتمل عليه من قيود على النشاط التشريعى وقلما يحدد هذا المضمون بطريق ايجابى يلاشى سلطة المشرع فى الانشاء والابتداع وذلك خلافا للحال بالنسبة للقوانين التى تقيد الجهات الادارية بمضمون معين للقواعد القانونية التى يجوز لها القيام بوضعها وفى اعتقادنا[٢] ان تقدير هذه النظرية الجديدة يتوقف على الاجابة الواضحة على مسألتين الأولى هل توجد حقيقة فروض لمخالفات تشريعية لا تقف فى علاجها فكرة مخالفة القوانين بحيث يحتاج الامر فعلا الى إثارة فكرة الانحراف بالسلطة

---

(١) الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصرى ١٩٦٠ هامش ص٥٩٣ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٩٤ .

والاخرى اذا ثبت وجود هذه الفروض فهل من الجائز ان يبسط القضاء رقابته لتشمل حالات الانحراف بالسلطة وهل يعد هذا البسط سياسة قضائية موفقة ؟

وبعد ان يستعرض الدكتور الفروض الخمسة لنظرية دكتور السنهورى ينتهى الي أنها جميعا تدخل فى مدلول مخالفة القانون دون الانحراف كما انتقد ما ذهب اليه دكتور السنهورى من وجود الانحراف التشريعى في حالة الاسراف فى تقرير الاثر الرجعى للتشريع اذ انه اذا كان من المتصور نظريا اثارة فكرة الانحراف فى هذه الحالة فان إعمالها ستكون من أشق الأمور واعقدها كما أن هذا الاسراف يعد سياسة تشريعية خاطئة ومجافية لروح الدستور وهى مجافاة سياسية يجب اللجوء فى تصحيحها الى الوسائل السياسية دون اقحام القضاء فيها[١].

يذهب الدكتور/أحمد كمال أبوالمجد الى أن هناك من الأمثلة التى ذكرها الدكتور/السنهورى ما نعتقد انها تعتبر المشكلة الحقيقية فى تحديد نطاق الرقابة ومدى بسطها على الغاية أو الغرض الحقيقي من التشريع ذلك أن الهيئة التشريعية قد تستتر وراء أحد اختصاصاتها المسلم بها أو المنصوص عليها صراحة في الدستور لتمارس نشاطا آخر يمنعه الدستور صراحة أوضمنا ومن ذلك أن يصدر تشريع يستتر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعى أوأن يصدر تشريع يعدل من أحكام تشريع سابق بحجة تفسيره وطبقاً لما توصل اليه الدكتور أحمد كمال ابوالمجد فبحث هذه المشكلة فى نطاق النظام الامريكى ينتهى الى أن هذه المشكلة لا تتصل كما توهم الكتاب الامريكيون بالبواعث والاغراض التشريعية وانما تتصل بالكشف عن

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص ٥٩٥ .

المضمون أو الطبيعة الحقيقية للتشريع وهل هو مما تملك الهيئة التشريعية مباشرته أم يمتنع عليها ذلك وفقا لنصوص الدستور ففي حالة التشريع الذى يتضمن عقوبة مقنعة ذات أثر رجعي يتضمن دور القضاء في مناقشة مشكلة الدستور عمليتين متتاليين الأولى تحديد الطبيعة الحقيقية للتشريع والتحقق من مضمونه المستتر والأخرى البحث فيما اذا كان هذا المضمون الحقيقي يتعارض أو لا يتعارض مع نصوص الدستور[1].

والسؤال الآن هل يملك القضاء أن يتجاوز ظاهر التشريع منقبا عن طبيعته الحقيقيه التى هدف اليها واضعوه ؟

ان الاجابة على هذا التساؤل يتنازعها اعتبار ان متقابلان الأول ضرورة منع هذا التحايل امعانا فى توكيد مبدأ الشرعية واحترام نصوص الدستور والآخر ان التزام القاعدة الاخرى التى تقرر ان على المحاكم الا تقضى بعدم الدستورية الا إذا كان واضحا وقاطعا وتلك التى تقرر ضرورة تفسير القانون على نحو يجنبه التعارض مع الدستور التزام هاتين القاعدتين يدعو الى ضرورة وقوف القضاء عند ظاهر التشريع دون تنقيب عن الغرض الذى يخفيه وراء هذا الظاهر والموازنة بين هذين الاعتبارين هى ما اسميناه السياسة القضائية فى الرقابة . ورأينا الخاص أنه من الضرورى بسط الرقابة على القوانين لمنع هذا النوع الخطير من التحايل علي الدستور أولا: لأن إجازة هذا التحايل تقضى فى الواقع على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وتفتح بابا خطيرا امام المشرع للعدوان على حقوق الأفراد وهو فى مأمن من الرقابة القضائية ما دام يخفى عدوانه هذا وراء ستار من

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص ٥٩٦ .

اختصاصاته المشروعة .

ثانيا : ان بسط الرقابة على هذا النوع ليس إلا استعانة طبيعية بسلطة القضاء في تفسير النصوص القانونية فاذا تكشف له مضمونها انتقل بعد ذلك الى البحث في مدى توافقه مع النصوص الدستورية .

ثالثا : ان هذه الصورة من صور المخالفات التشريعية - ليس مما يسهل التعويل في تصحيحه على الوسائل السياسية اذ هى مخالفة مستتره ظاهرها الصحة وباطنها الفساد ومن ثم احتاج الأمر فيها الى خبرة القضاء ودرايته ليكشف عن حقيقتها ويرد الأمر فيها الى نصاب الدستور ونلاحظ فى النهاية ان هذه الصورة من صور الرقابة ليس لها فى مصر من الاهمية ما كان لها فى الولايات المتحدة إذ ترجع هذه الأهمية هناك الى إعتبار الكونجرس هيئة ذات اختصاص محدد على سبيل الحصر وبذلك تتعدد صور النشاط الذى يمتنع عليه الخوض فيه[١] ويلاحظ ان هناك من الفقهاء من يشاركون الدكتور أحمد كمال ابوالمجد اثارته لبعض الامثلة التى ذكرها دكتور السنهورى وان هذه الحالات تدخل تحت اطار المخالفة الصريحة أو الضمنية للدستور وانما يحتاج الأمر بشأنها الى بحث عن الغاية أو الغرض الحقيقى فى التشريع ومن ذلك التشريع الذى يصدر يستر عقوبة مقنعة ذات اثر رجعى[٢] .

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - هامش ص ٥٩٧ .

(٢) د/ رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٥٠٢ .

تقييم رأى دكتور أحمد كمال أبوالمجد :

لا يمكن إغفال أن تناول الفقيه الكبير لهذه النظرية قد أبرز عدة تساؤلات وجوانب فى نظرية الانحراف لم يسبق لاحد قبله أن ابرزها ويرجع هذا الى ان الفقيه الكبير قد عرض لهذه النظرية في ختام رسالته القيمة عن رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة ونزوله الى الواقع العملى لقضاء المحكمة العليا هناك وكانت لآراؤه التحليلية لقضاء هذه المحكمة أثره فى أبراز الجوانب العملية ومدى الحاجة الى نظرية الانحراف بالاضافة الى أن دراسته فى الفقه الانجلو سكسونى تختلف عن دراسة الفقهاء الذين تناولوا النظرية وجعلهم متأثرين بالفقه اللاتينى مع ما يحمله هذا الفقيه من عوامل تاريخية ارتبطت بصورة ثابته عن المشرع كمعبر عن ارادة الامة ومن ثم يمتنع قضاء هذه البلاد الى الان عن بسط رقابته على دستورية القوانين لعوامل هى فى الاساس تاريخية اما الفقه الانجلو سكسونى فيهتم بالواقع أكثر من اهتمامه بالنظريات وهذا الواقع هو الذى ادى الى ما وصلت اليه المحكمة العليا من رقابة على دستورية القوانين خرجت بها عن نطاق الرقابة القانونية البحته غير ان المناخ القانونى فى تلك البلاد تقبل هذا الخروج ويبدو هذا الفارق فى الاعتبارات التى حدت بالفقهاء السابقين على نقد نظرية الانحراف وهى اعتبارات تقوم على خشية التدخل من قبل القاضى فى اختصاص المشرع والواقع يقرر انه بغير الاعتراف بنظرية الانحراف هذه فإن القضاء الدستورى يتدخل فعلا فى عمل المشرع ويتفاوت تدخله لأن وظيفته الأولى هى وقف المشرع عند حدود الدستور لا يعتدى عليه وفى باب التفسير والتكييف وتطبيق الدستور المجال الواسع الرحب لهذا التدخل فى أوسع صورة دون أن يحاج القضاء بعدم جواز بحث الانحراف أو الملاءمة فهو يدمج فى أوجه التفسير جميع الحالات التى يراقب فيها

الانحراف والملاءمة فعلا وبادئ ذى بدء نجد اننا نتفق مع الفقيه فيما ذهب اليه من أنه يعتقد ان الفارق بين السلطتين (التقديرية المتروكة للادارة والتقديرية المتروكة للمشرع) هو فارق فى الدرجة فقط اذ يكتفى الدستور عادة بتحديد مضمون عمل الهيئة التشريعية بطريق سلبى وذلك بما يشتمل عليه من قيود على النشاط التشريعى وقلما يحدد هذا المضمون بطريق ايجابى وذلك خلافا للحال بالنسبة للقوانين التى تقيد الجهات الادارية بمضمون معين للقواعد القانونية التى يجوز لها القيام بوضعها[١] .

ونضيف الى رأى الدكتور أحمد كمال ابوالمجد أن القول بوجود فارق بين السلطة التقديرية للادارة وسلطة المشرع التقديرية انما يعتمد على ما وصل اليه الفكر الادارى فقها وقضاء من تطوير في رقابته على عناصر التقدير فى القرار وأهمها عنصر السبب الذى لولاه لما بلغ القضاء الادارى هذا المبلغ من مد رقابته الى نطاق الملاءمة ولولا ظهور رقابة الوقائع فى القضاء الادارى لكانت سلطة الادارة التقديرية فى عناصر قرارها لا تفترق كثيرا عن سلطة المشرع ازاء عناصر القانون المختلفة فالرجوع الى أصل أو اساس الرقابة يجعل الفارق بين السلطتين فارقا فى الدرجة فقط اما جوهر السلطة التقديرية فهى تتشابه هنا وهناك ولكن تختلف فقط فى مدى توافرها بالنسبة لعناصر القانون والقرار ففى الأولى ليست هناك رقابة سبب بالنسبة للقانون بمعنى الوقائع المبررة له ومن هنا كان مدى التقدير لدى المشرع واسعا جدا عكس الأمر بالنسبة للادارة .

ان الفقيه الكبير طرح تساؤلين تعتبر الاجابة عنهما الأساس فى تقدير

(١) د/ أحمد كمال أبوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٩٤ ويؤيد رأيه بما ذهب اليه كلسن فى كتاب النظرية العامة للقانون والدولة ص ١٣٠ .

جدوى وجود نظرية للانحراف فالتساؤل الأول هو هل توجد حقيقة فروض لمخالفات تشريعية لا تسعف فى علاجها فكرة مخالفة القانون بحيث يحتاج الأمر فعلا الى إثارة فكرة الانحراف بالسلطة التشريعية ؟

وباستعراض الفقيه للفروض الخمسة انتهى الى أنها جميعا لا تندرج تحت طائفة الانحراف وانها تعتبر مخالفات موضوعية للدستور .

وفى تحليله لهذه الفروض انتهى الى تقييم صحيح لهذه الفروض فذهب الى ان اهدار إصل الحق من قبل المشرع يعد مخالفة للنص الدستورى الذى يقرر هذه الحقوق ولا يحتاج الامر الى اثارة فكرة الانحراف[1] كما انتهى الى ان الاسراف فى تقرير الاثر الرجعى يعد رقابة من القضاء على مسلك السلطة التشريعية وليس حكما على تشريع معين ويمكن القول انها سياسية تشريعية خاطئة أو مجافية لروح الدستور وهى مجافاه سياسية يجب اللجوء فى تصحيحها الى الوسائل السياسية[2].

وبعد ان ينتهى الفقيه من هذا السرد يذهب الى أن الدكتور السنهورى اثار فى سياق بحثه عدداً من الامثلة التى يعتقد انها تعبر عن المشكلة الحقيقية فى تحديد نطاق الرقابة ومدى بسطها على الغاية أو الغرض الحقيقى من التشريع ومن ذلك ان يصدر تشريع يستر عقوبة مقنعة ذات اثر رجعى أو أن يصدر تشريع يعدل من احكام تشريع سابق بحجة تفسيره وهذا النوع من التشريع ما يسميه الشراح الامريكيون بالتشريع المستتر ويعتقد الفقيه أن هذه المشكلة لا تتصل كما توهم الكتاب

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٩٤ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٩٥ .

الامريكيون بالبواعث والاغراض التشريعية وانما تتصل بالكشف عن المضمون أو الطبيعة الحقيقية للتشريع وهل هو ما تملك الهيئة التشريعية مباشرته ام يمتنع عليها ذلك وفقا لنصوص الدستور وينتهى الفقيه من تحليله الى أن بسط الرقابة على هذا النوع من التشريع ليس الا استعانة طبيعية بسلطة القضاء فى تفسير النصوص القانونية فاذا تكشف مضمونها الحقيقى انتقل بعد ذلك الى البحث عن مدى دستوريتها[1].

ولمعرفةصحة أو خطأ النتيجة التى وصل اليها الفقيه يجب عرض صورة لهذا التشريع المستتر لدى القضاء الدستورى الامريكى والتى أوردها الفقيه فى مؤلفه .

ذهب الفقيه فى معرض تحديده لحدود وضوابط الرقابة لدى المحكمة العليا الامريكية الى أن من الحدود التى تلتزمها المحكمة هو الحد الخاص بامتناع المحكمة عن الخوض فى بواعث التشريع[2] ويذهب الى أن المحكمة العليا قررت فى بواكير عهدها بالرقابة انه اذا كان التشريع فى ظاهره وكما يتضح من نصوص داخلا فى السلطات التى يسمح الدستور للهيئة التشريعية بمباشرتها فإن المحاكم تفتش وراء تلك النصوص عن البواعث المشروعة أو غير المشروعة التى عساها أن تكون قد دفعت الهيئة التشريعية أو بعض أعضائها الى سن ذلك القانون والمشكلة الحقيقية تثور حين يسعى الكونجرس الى ممارسة نشاط تشريعى محظور ويلبسه ثوبا غير حقيقى ويظهره فى صورة نشاط تشريعى آخر مما يدخل فى اختصاصاته الدستورية ومن ذلك اختصاص الكونجرس بتنظيم التجارة بين الولايات

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٩٦ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٦٣ .

وسلطته فى فرض الضرائب وتحايل الكونجرس لتوقيع عقاب تشريعى على بعض الموظفين[١]. وسنعرض لهذه التشريعات فيما يلى :

أولا : مشكلة الباعث الحقيقى فى تشريعات تنظيم التجارة :

أصدر الكونجرس عام ١٩٥٨ تشريعا يمنع تداول أوراق اليانصيب عبر الولايات ويعاقب عليه واستند فى هذا العقاب إلى حقه فى تنظيم التجاره بين الولايات وكان الظاهر مع ذلك ان الغرض الحقيقى من هذا التشريع هو محاربة القمار بأنواعه المختلفة وهو ما يدخل أصلا فى اختصاص الولايات بما لها من سلطة البوليس وعرض ذلك القانون على المحكمة العليا فى القضية المعروفة بقضية أوراق النصيب فقررت دستوريته ذاهبة الى أنه اذا كان نقل أوراق النصيب من ولاية يعد تجارة بين الولايات بالمفهوم الذى عناه الدستور حين جعل للكونجرس تنظيم هذه التجارة واذا كان منع نقل هذه الاوراق هى الوسيلة التى رآها الكونجرس لتنظيم التجارة فى خصوص هذا النوع من السلع فإن المحكمة لا تملك مطلقا ان تفحص هذه الوسيلة أو تناقش حكمتها أو مناسبتها[٢].

وفى عام ١٩١٦ اصدر الكونجرس أول قانون يتعرض لتشغيل الاطفال فى المصانع ونص فيه على منع تداول السلع والمنتجات من ولاية الى أخرى اذا كان قد ساهم فى انتاجها عمال دون السن التى حددها فى ذلك القانون وعندما عرض القانون على المحكمة العليا عام ١٩١٨ ذهبت الى عدم دستوريته على أساس أنه وان يكمن فى ظاهره تنظيما للتجارة بين

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص ٤٦٥ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص ٤٦٥ .

الولايات فهو فى حقيته محاولة لتنظيم الانتاج وتدخل فى تحديد شروطه وهى أمور تختص الولايات وحدها بتنظيمها وفقا للتعديل الدستورى العاشر[١].

ويذهب دكتور أحمد كمال ابوالمجد فى تعليقه على هذا الحكم انه بمقارنة الحكم فى قضية أوراق النصيب والحكم فى القضية الاخيرة كان واجبا على المحكمة ان تقرر دستورية القانون محل البحث فى القضية الاخيرة فى الحالتين يستند الكونجرس الى حقه فى تنظيم التجارة بين الولايات لمباشرة نشاط بداخله بطبيعته فى سلطات البوليس التى تملكها الولايات والمحكمة بقضائها هذا قد وقفت لأول مرة فى وجه هذا التحايل الذى تسعى به الهيئة التشريعية الى اجتياز حدودها التشريعية ومباشرة اختصاصات منحها الدستور للولايات وحدها[٢].

ثانيا : وبالنسبة للبواعث التشريعية فى قوانين الضرائب فإنه :

من المبادئ المستقرة بصدد الاختصاص الضرائبى للحكومة المركزية انه اذا إنعقد هذا الاختصاص بالنسبة لوعاء معين وممول معين فليس مما يقدح فى دستورية الضريبة بعد ذلك ارتفاع نسبتها مهما بلغ مداه والاصل أنه وان كان الغرض الأساسى الذى منحت من أجله الهيئة التشريعية سلطة فرض الضرائب هو الفرض المالى المتمثل فى توفير مورد للخزينة العامة فإن كثيرا من الضرائب تحقق فوق هذا الغرض المالى الاصيل اغراضا اخرى قانونية أو جانبية ذات طابع تنظيمى أو توجيهى كحماية السلع الوطنية أو

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٩٥ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٦٧ .

التحكم فى كمية الانتاج أو الاستهلاك بالنسبة لبعض السلع وقد سعى الكونجرس الى الاستناد وراء اختصاص الضرائب لتنظيم أمور لا يملك تنظيمها بطريق مباشر .

وقد فرض الكونجرس ١٩٠٢ ضريبة مقدارها ١٠٪ على انتاج وبيع السمن الصناعى اذا لون بطريقة تجعله مماثلا للزبد الطبيعى وعرض هذا الامر امام المحكمة عام ١٩٠٤ فقررت دستورية هذه الضريبة ذاهبة الى انه اذا كان التشريع ليس فى ظاهره الا ضريبة وكان مستوفيا لكافة المعالم القانونية والمالية للضريبة فان المحكمة لا تملك القضاء بعدم دستوريته بحجة ان الكونجرس لم يستهدف من وضعه الغرض المالى الذى هو الأصل فى كل ضريبة وانما سعى الى ممارسة اختصاص بوليسى خارج عن سلطاته التى منحها اياه الدستور(١) .

وفى عام ١٩١٩ فرض الكونجرس ضريبة مقدارها ١٠٪ على الارباح الصافية السنوية التى تحققها المناجم والمحاجر والمصانع التى استعملت خلال العام الذى تحققت خلاله هذه الارباح أى عدد من الاطفال دون السن الذى حددته نصوص اخرى فى نفس القانون وعندما تعرضت المحكمة لمناقشة دستورية هذه الضريبة عام ١٩٢٢ ذهبت فى مستهل حكمها بان عليها أولا ان تفسر القانون وان تكشف عن الغرض الحقيقى منه وما اذا كان اجراء ضريبا كما تقول الحكومة أم تنظيما لمشكلة تشغيل الاطفال متضمنا لعقوبة توقع على المخالفين كما تزعم الشركة .

ولاحظت المحكمة ان الضريبة لا تتناسب مع وعائها على الاطلاق

---

(١) Mc Gray U. S 27-7-1904 .

بمعني ان مقدارها يظل ثابتا بغض النظر عن مدى مخالفة رب العمل للشروط العمالية التى وضعها القانون (اذ يستوى ان يستخدم المصنع صبيا واحدا أو يستخدم مئات من الاطفال فهو فى الحالتين يدفع عشر ارباحه السنوية الصافية) كما لاحظت المحكمة ان القانون يعفى رب العمل من دفع الضريبة اذا اثبت انه كان يجهل حقيقة عمر العامل وهذا القصد الجنائى الذى يشترطه القانون سمة قانونية من سمات العقوبة وليس من خصائص الضريبة على الاطلاق وازاء ذلك كله قررت المحكمة انها لا يسعها أن تتغاضى عن هذه الحقائق وتتجاهل ان الضريبة المدعاه ليست الا وسيلة لمنع تشغيل الاطفال وان من أقدس واجبات المحكمة أن تمتنع عن اعمال كل نص تشريعى يتخذ كذبا صفه القانون اذا ثبت انه يتعرض لأمور لا يختص الكونجرس بالتعرض لها[١] .

وعرضت المشكلة على المحكمة من جديد بمناسبة بعض الضرائب التى تضمنها قانون الاصلاح الزراعى وقد رأت المحكمة ان الضريبة التى يتضمنها قانون الاصلاح الزراعى ليست فى حقيقتها ضريبة بالمعنى الفنى والقانونى لهذا الاصطلاح وإن القانون توصل إلى تنظيم الانتاج الزراعى عن طريق اجبار الزراعيين بطريقة ملتوية هى طريقة منح الاعانة للمتعهدين بانقاص انتاجهم واذا كان الكونجرس لا يملك اصلا اجبار المزارعين على التزام خطة معينة فى انتاجهم فهو لا يملك كذلك تحقيق هذا الاجبار عن طريق غير مباشر مستندا الى اختصاص الضرائبى وتنتهى المحكمة الى ان تحقيق الاغراض غير المشروعة لا يمكن أن يسمح به تحت ستار ممارسة الاختصاصات المقررة المشروعة[١] .

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٣٦ .

ولا يقتصر استعمال الكونجرس لهذا النوع من التشريع المستتر على محاولة التدخل فى اختصاصات الولايات كما هو الشأن فى الامثلة السابقة وانما قد يسعى الكونجرس عن طريق هذا الاسلوب الملتوى الى ممارسة نشاط يمنعه الدستور اصلا على الحكومة المركزية وعلى الولايات جميعا ومن ذلك أن احدى لجان الكونجرس أجرت تحقيقا سريا قررت بعده اتهام عدد من موظفى الحكومة المركزية بالشيوعية وانتهت الى انهم غير صالحين للبقاء فى مراكزهم الا ان الجهات الحكومية التى يعملون بها رفضت فصلهم ذاهبه الى أنها لا تشك فى وطنيتهم أو صلاحيتهم وحينئذ لجأ الكونجرس الى إجراء ملتوى للتوصل الى هذه النتيجة فأدمج فى أحد قوانين الاعتمادات المالية الهامة ملحقا يمنع فيه صرف اى مبلغ من المبالغ الواردة فى القانون لهؤلاء الموظفين الثلاثة .

ورغم اعتراض مجلس الشيوخ مرارا على هذا الاجراء فقد اضطر اخيرا انقاذاً للقانون الاصلى الى الموافقة على حل وسط مؤداه انه لا يجوز صرف مرتبات هؤلاء الموظفين الثلاثة من عملهم بعد نوفمبر سنة ١٩٤٣ إلا إذا أعاد الرئيس تعيينهم ووافق مجلس الشيوخ على ذلك وعندما عرض الامر امام المحكمة العليا قررت ان القانون الذى حرم على اساسه الموظفين الثلاثة من مرتباتهم يخالف الدستور مخالفة صريحة اذا انه ليس فى حقيقته الا عقابا تشريعيا يمنعه الدستور صراحة فى مادته الأولى(٢) .

ويرى دكتور أحمد كمال ابوالمجد فى تعليقه على هذه الاحكام ان

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٧٣ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٧٦ ، وانظر الامثلة الأخرى التى ضربها ص٤٧٧.

المحكمة لم تكن جادة على الاطلاق فى اتجاهاتها حول البواعث التشريعية وحقيقة الحال انها كانت تزن ما يعرض عليها من التشريعات بالميزان السياسي والاجتماعى الذى يتصادف أن يكون عليه أغلبية أعضائها فاذا اصدر اولئك الاعضاء حكمهم الشخصى على القانون انتقلوا بعد ذلك الى التدليل القانونى ولم يعجزوا عن تقديم زريعة يؤسسون عليها رأيهم .

ويؤيد دكتور أحمد كمال ابوالمجد بسط الرقابة على القوانين لمنع هذا النوع الخطير من التحايل على الدستور ذلك أن إجازة هذا التحايل تقضى فى الواقع على القيمة الحقيقية للقيود الدستورية وتفتح بابا خطيرا امام المشرع للعدوان على حقوق الافراد وهو فى مأمن من رقابة القضاء ما دام يخفى عدوانه هذا وراء ستار من اختصاصاته المشروعة كما ان بسط الرقابة على هذا النوع ليس الا إستعانة طبيعية بسلطة القضاء فى تفسير النصوص القانونية فاذا تكشف له مضمونها الحقيقى انتقل بعد ذلك الى البحث فى مدى توافقه مع النصوص الدستورية وبهذه الصورة من صور المخالفات التشريعية ليست مما يسهل التعويل فى تصحيحة على الوسائل السياسية اذ هى مخالفة مستتره ظاهرها الصحة وباطنها الفساد ومن ثم احتاج الأمر الى خبرة القضاء ودرايته الفنية لتكشف عن حقيقتها ويرد الامر فيها الى نصابه الدستورى[(١)] .

والواقع اننا قصدنا من عرضنا لهذا النوع من التشريع باستفاضة ان نعلق على دستوريته أو عدم دستوريته من زاوية الانحراف التشريعى فالبرغم من اتفاقنا مع دكتور أحمد كمال ابوالمجد فى معظم النتائج التى

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٩٦ .

رتبها على ضرورة البحث فى هذا التشريع المستتر الا اننا نخالفه فى نتيجة واحدة هى محور الموضوع كله الا وهى اساس البحث من قبل القاضى الدستورى فى هذا التشريع المستتر فلاشك لدينا من ان البحث فى التشريع المستتر يمثل منهج القاضى عند بحث الانحراف التشريعى .

فأوضح صور الانحراف واظهرها هى تلك الصورة التى يكون ظاهر التشريع متفقا مع الدستور فى حين انه فى حقيقة الأمر قصد به غرضا يخالف الاغراض التى ينص عليها الدستور ومن هنا كانت نقطة الخلاف مع الدكتور أحمد كمال ابوالمجد هى فيما انتهى اليه من ان القضاء يستطيع القضاء على هذا التحايل مستعينا بسلطته فى تفسير النصوص القانونية فالبحث فى حقيقة هذه التشريعات تتجاوز كثيرا فكرة التفسير هذه ولا نعد مغالين اذا قلنا ان فكرة التفسير وفكرة التكييف هما السبب فى عدم الاعتراف بوجود عيب الانحراف مستقلا وقائما بذاته عنهما فاذا توصلت المحكمة الى عدم دستورية تشريع لانه يهدف الى أغراض لا تتفق والصالح العام أو أن حقيقة الاغراض تخالف الاغراض المعلنة بما يجعل الاخيرة ستارا لمخالفة دستورية تنتهى المحكمة الى أنها تبحث فى حقيقة التشريع أو بالاصطلاح الفنى تكييف التشريع وهذا غير صحيح واذا استعرضنا الامثلة التى ضربها دكتور أحمد كمال ابوالمجد مع تلك التى أتى بها دكتور السنهوري نستطيع ابراز فكرة الانحراف هذه فمثلا قضية أوراق النصيب التى ذهبت المحكمة العليا انها تدخل فى مفهوم تنظيم التجارة اذا كان الغرض من هذا التشريع هو محاربة القمار بانواعه المختلفة وهذا الغرض يدخل اصلا فى اختصاص الولايات بما لها من سلطة البوليس فإن هذا التشريع بعد معيبا بالانحراف فى استعمال سلطة التشريع وذلك اننا

نجد فى مواجهتنا تشريعًا ظاهرا ذهب الكونجرس الى أنه قام بسنه استنادا الي سلطته فى تنظيم التجارة فكيف يتسنى للمحكمة ان تبحث فى صحته أو بطلانه عن طريق التفسير؟ ان عبارات التشريع واضحة ونصوصه لا تنطوى على مخالفة صريحة للدستور وعبارة تنظيم التجارة تتسع لتشمل هذا النشاط وظاهر التشريع ان منع تداول أوراق النصيب والمعاقبة عليه صورة من صور تنظيم التجارة فاذا كان للمحكمة ان تستخدم سلطتها فى التفسير فلن تخرج عن تفسير تنظيم التجارة لأن التشريع فى ظاهرة لا يخرج عن مقتضى هذا التنظيم فكيف تستطيع المحكمة عن طريق التفسير ان تبطل هذا التشريع؟ ان بطلان هذا التشريع لا يظهر الا فى ضوء الغاية الحقيقية منه وهى محاربة القمار ولم يفصح الكونجرس عن هذا الغرض لأنه يعلم ان ذلك ليس من اختصاصه بل من اختصاص الولايات بما لها من سلطة بوليسية ولن تستطيع المحكمة ان تكتشف حقيقة هذا التشريع من ظاهرة وما القول بانها تستطيع ذلك من خلال سلطتها فى التفسير الا توسعا لهذه السلطة لتشمل حالات لا تدخل فى المفهوم الفنى للتفسير فهنا ستأخذ المحكمة بالتشريع ككل لتنظر فى نصوصه وتربط بين هذه النصوص والحكمة منها والغاية التى أرادها المشرع والتى اعلنها صراحة فاذا رأت ان هذه الغاية لا يمكن ان تكون صحيحة فى ظل تفهمها لحقيقة نصوص التشريع بحثت عن الغاية حتى اذا اكتشفتها تغيرت صورة التشريع من تشريع ظاهرة تنظيم التجارة الى تشريع هو فى حقيقته بمنع العاب القمار وهو إجراء لا يختص الكونجرس به ومن هنا كان بحث الغاية اساسيا وضروريا لتكملة صورة التشريع الحقيقية واظهارها .

وهذا ما فعلته المحكمة فى القضية التى تناولت القانون الخاص بمنع

تداول السلع والمنتجات من ولاية الى أخرى اذا كان قد ساهم فى انتاجها عمال دون السن القانونية فالمحكمة وفقا لظاهر القانون لا يمكن ان تتدخل بالتفسير لعدم وجود غموض أو قصور فى النص ولا يمكن التسليم بقول دكتور أحمد كمال ابوالمجد أن المحكمة تصل الى حقيقة التشريع عن طريق التفسير الا اذا اضفنا الى كلمة التفسير هذه « ارادة المشرع » بقصد معرفة غايته الحقيقية هنا يكون الامر قد اتضح وظهرت معالمة المحكمة تعمل على أن تكتشف حقيقة التشريع من الغرض الذى استهدفه المشرع من سنه وبدون هذا الغرض لا يمكن للمحكمة ان تكتشف حقيقة هذا التشريع اما القول بأن فى ذلك مثلا تكييفا لحقيقة القانون فهو قول لا يقوم على اساس صحيح لان التكييف لا يقوم الا على وقائع ليردها الى فهم القانون لها اما تكييف الاوصاف القانونية أو الشروط القانونية فهو لا يعتبر تكييفا بل اضفاء وصف معين على هذه الشروط أو التصرفات وهذا الوصف لا يتأتى ايضا الا بمعرفة حقيقة التصرف ذاته فمثلا فى حالة فرض الكونجرس لضريبة مقدارها ١٠٪ على ارباح المناجم التى تستعمل اي عدد من الاطفال دون السن القانونية فظاهر هذا النص انه ضريبة مهما كبر وعائها واتسع ولكن هذا الاختصاص الضريبى الزائف كان ستار ليغطى هدفا آخر حاول الكونجرس تحقيقه هو منع تشغيل الاطفال فى هذه المحاجر أو المناجم ولهذا مهما بلغت سلطة المحكمة فى التفسير فكيف تفسر ما هو واضح فى القانون من نصوص؟ الواقع ان المحكمة تقرب هذه النصوص لتستند اليها فى معرفة الغاية الحقيقية من التشريع تلك الغاية التى جعلت من الضريبة وسيلة لمنع تشغيل الاطفال والكونجرس غير مختص بهذا المنع ومن هنا تبدو جليا نظرية الانحراف حين تكشف عن غاية التشريع اذا كانت

لهذه الغاية أثر على صحة أو بطلان التشريع فكثير من النصوص التشريعية لا يمكن وزن صحتها أو بطلانها الا بعد اكتشاف غاية المشرع منها لان هذه الغاية هى التى يمكن ان تجعل النص مشروعا أو غير مشروع ومثلا فى حالة انتهاء المحكمة الى أن القانون الذى حرم على أساسه الموظفون الثلاثة من مرتباتهم هو عقاب تشريعى هذا الوصف أو التكييف (مجازاً) لم تنتهى اليه المحكمة الا بعد فحص نية الكونجرس وغرضه الحقيقى من حرمان الموظفين من مرتباتهم ذلك الحرمان الذى لم ينص عليه القانون صراحة وانما تضمن القانون قيدا لا يجيز صرف مرتبات هؤلاء الموظفين الثلاثة من عملهم بعد نوفمبر سنة ١٩٤٣ فعملية اضفاء الوصف القانونى أو التكييف الدستورى للتشريع ان انتهينا الى ذلك لا يمكنها بذاتها ان تكشف صحة أو بطلان التشريع ولابد لصحة اضفاء الوصف الدستورى ان يكون هذا الوصف ذو أركان وعناصر واضحة بحيث يمكن القول أن بغير التعرف على نية المشرع يمكن للقاضى أن يصل الى الوصف الدستورى الصحيح للقانون فهذا القول يخالف الواقع فى هذه الامثلة لانه بغير هذه النية لن تتضح حقيقة التشريع . ان هذه الحالات قد تختلط بحالات أخرى يستطيع القاضى الدستورى فعلا ان يصل الى حقيقة أو وصف التشريع دستوريا دون التعرف على هذه النية وهى الحالات التى يكون التشريع فيها مفضياً بذاته الى هذه النتيجة لوضوح نصوصه وعباراته مما يمكن القاضى الدستورى من رد مضمون القانون إلى وصفه الصحيح وهى حالات التفسير البسيطة ومن تلك الامثلة ما ذكره الدكتور السنهورى مثلا فحالة نقض الحرية أو الانتقاص منها انتقاصا يهدد وجودها في حين ان المشرع لا يحوز له سوى تنظيم هذه الحرية فقط فعن

طريق نصوص التشريع وتفسيرها ككل متكامل ستؤدى هذه النصوص الى الخروج عن معني التنظيم الى الاهدار والفارق جوهرى بين هذه الحالة وحالة الضريبة الزائفة فقد يقول القائل ان هذه الضريبة يمكن التوصل الى انها ليست ضريبة فى طبيعة الامر عن طريق نصوص التشريع ذاته وهنا يكمن الفرق اذ كيف يتسنى معرفة انها ليست ضريبة وهى تجمع جميع خصائصها فى مثال الدكتور السنهورى كانت نصوص التشريع صريحة فى اهدار الحرية فلم يحتاج الامر منا الى البحث عن نية المشرع اما فى حالة الضريبة التى فرضها الكونجرس ليمنع تشغيل الاطفال الاصل ان نصوص التشريع لم تعطى وصفا غير صحيح لضريبة بل اضافت لها عناصر الضريبة فعلا فحالة دكتور السنهورى لم تحتاج الى الغرض والنية لمعرفة حقيقة ما ابتغاه المشرع لان نيته واضحة فى هذا الاهدار فكانت الوسيلة هى التفسير فعلا وكذلك حالة النص الدستورى على الا يولى الاجانب الوظائف الا استثناء فاذا كان التشريع من شأنه أن يوسع من عمل الاجانب بما يجعل تعيينهم هذا ليس استثناء فان التشريع يبطل لمخالفته النص الدستورى صراحة فالانحراف مخالفة مستترة وليست صريحة لانها اذا افصحت عن نفسها كانت فى الوسائل الاخرى التى يملكها القاضى لابطال التشريع الكفاية لمعالجتها .

ان الفارق الدقيق للحالات التى يمكن كشف عدم دستوريتها عن طريق الانحراف وتلك التى يظهر عدم دستوريتها لأول وهلة انما يكمن فى الوقوف عند حقيقة الاسلوب الذى يتبعه القاضى فى كل من الحالتين فى حالات التفسير يقوم القاضى الدستورى بتفهم معنى اللفظ الدستورى ومقارنته بالفاظ التشريع الظاهرة واذا قام القاضى باستخراج المعنى غير

الدستورى من جملة الفاظ ونصوص القانون وما تهدف اليه لم يكن هذا التفسير لأنه استعان فى التفسير بنية المشرع لا ليحكم بها ولكن ليحكم عليها فكان حكمه فى الواقع على هذه النية وقام بعد ذلك باثبات الدليل على هذه النية فمثلا فى حالة التشريع الذى يستر عقوبة مقنعة ذات اثر رجعى قد يبدو لأول وهلة انه من السهل اكتشاف حقيقة التشريع وانه يتضمن عقوبة لكن هذا الاكتشاف لو تم دون بحث عن نية المشرع أو غرضه كان التشريع باطلا لمخالفته الدستور ولكن الامر لا يكون بهذه البساطة لانه غالبا ما لا تكون النصوص وحدها كاشفة لحقيقة التشريع والا كانت مخالفة صريحة للدستور والقائلون بان القاضى لا يمكن ان يتحسس نوايا المشرع واغراضه وحسبه أن يتأمل أحكام التشريع من الناحية الموضوعية ليعرف حقيقته انما يتجاهلون الواقع الذى افصحنا عنه ألا وهو عدم إمكانية اهمال غرض ونية المشرع لتوضيح حقيقة التشريع خاصة ان هذا الغرض والنية يمكن بعد ذلك ومن خلال تحليل التشريع اثباتهما اما التعويل على التأمل الموضوعى لنصوص التشريع فلن يفيد الا اذا كانت صياغة التشريع واضحة الدلالة على مقصود المشرع وهذا لا يتحقق فى أغلب الاحيان والمثل الذى ضربه دكتور السنهورى يوضح ذلك فالتشريع الذى استثنى طائفة محددة من مجندى سنة ١٩٠٣ هم الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ يونيو سنة ١٩٠٧ من التسريح المبكر . ينتهى دكتور السنهورى الى ان هذا التشريع يستر عقوبة مقنعة ذات اثر رجعى فى هذا الغرض لا يكفى التأمل الموضوعى على حد قوله للخروج بهذه النتيجة فقد يكون لدى المشرع من الأسباب الأخرى . ولابد أنه سيذكر من الاسباب غير الحقيقية ما يؤيد دستورية هذا القانون فكيف لنا ان نعرف

حقيقة هذا القانون اذا تذرعت السلطة التشريعية بأن تأخير تسريحهم يرجع الى حاجتهم الى مزيد من التدريب على الطاعة الواجبة فى سلوك العسكريين؟ حقيقة أن هذه الغاية وهمية ولكن التوصل الى الغاية الحقيقية وكشف زيف أدعاء المشرع يحتاج الى بحث فى النية وهو بحث الانحراف والقصد من هذا السرد ان نوضح انه قلما تكون نصوص التشريع وحدها مظهرة حقيقة التشريع وانه باستظهار الغاية الحقيقية للتشريع سيكون الحكم علي هذه الغاية التى ستنطبع على التشريع فتغير من عناصره واركانه .

ومن الفروض التى ذكرها دكتور السنهورى أيضا ان يصدر البرلمان تشريعا بالغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها ثم ابعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول وهنا يبدوا أيضا عدم دستورية التشريع من البحث فى غاية المشرع عن تشريعه الغاية الحقيقية بالطبع وهى هنا التخلص من اعضاء الهيئة القضائية ومثل هذا ما يصدر عن البرلمان من تشريع عام مجرد فى مناسبة قضية معينة منظورة أمام المحاكم ويكون التشريع لا ينطبق الا على هذه القضية بالذات فاذا كان هذا واضحا وقت اصدار البرلمان للتشريع كان تشريعا مشوبا بالانحراف فهذه الامثلة لا يمكن ان تكتشف حقيقة أو طبيعة التشريع الا ببحث الغاية والغرض منه حيث يكشف لنا الغرض أو الغاية طبيعة التشريع الحقيقية وهذا البحث لحقيقة الغرض أو الغاية هو الذى يؤدى الى وجود الانحراف التشريعى وقد يثور هنا تساؤل ان البحث حتى ولو أمتد الى الغاية أو الغرض سيؤدى إلى معرفة المقصود الحقيقى للتشريع وعلينا ان نبحث فى صحة هذا التشريع بعد بيان مقصوده أى ان البحث فى الغاية أو الغرض

ليس مؤداه وبصفة مطلقة اعتبار التشريع معيبا بالانحراف؟

ان عيب الانحراف يقوم بالموازنة بين الغرض الحقيقى عن التشريع والغرض من التشريع الذى أعلنه المشرع والمشرع هو الذى أفصح عن غرضه الظاهر فاذا اثبتنا ان هذا الغرض الظاهر لا يتطابق مع الغرض الحقيقى . كان هناك انحرافا عن الصالح العام وما الكشف عن التصرف المستتر فى أغلب حالات الانحراف الا مظهرا ان المشرع استند الى اختصاصه الظاهر بأمر من الأمور ليعالج امرا آخر غير مختص به . أمر لا يجوز له ان يتطرق اليه وليس من مؤدى الانحراف انه يبحث فى التصرف الخفى من حيث صحته أو بطلانه بل الحكم هنا على الغاية الحقيقية التى يؤدى التوصل اليها الى اظهار العيب الحقيقى فى القانون فمثلا الضريبة التى تخفى تنظيما للانتاج يعنى ان المشرع ابتغى فى حقيقة الامر تنظيم الانتاج فرض ضريبة وهذه الغاية غير مشروعة لانه لا اختصاص له فى تنظيم الانتاج فالبحث فى الغاية ادى الى اظهار الوصف الصحيح لتصرف المشرع واصبح محل القانون تنظيم الانتاج لا فرض ضريبة ولكن العيب هو عيب فى الغاية وليس عيبا فى المحل لان استظهار الغاية الحقيقية هو الذى اعطى للمحل وصفه الجديد فالعيب الاصلى هو عيب في الغاية وكذلك التشريع الذى يمنع تداول السلع التى شارك فيها الاطفال كان محله منع تداول هذه السلع ولكن بالنظر الى الغاية الحقيقية ثبت لنا صورية هذا المحل وان حقيقة التشريع هو محاربته لعمل الاطفال فكانت هذه الغاية غير المشروعة سببا فى عدم مشروعيته وهكذا تصبح الغاية فى الانحراف هى أساس البحث وينتج عن ذلك اكتشاف حقيقة القانون وما ابتغاه المشرع

منه.

ولا يفوتنا ان ننوه الى ان ما ذهب اليه دكتور احمد كمال ابوالمجد من ان حالات البحث عن البواعث لدى المحكمة العليا الامريكية انما كانت فى حقيقة الامر ان المحكمة وزنت ما يعرض عليها من تشريعات بالميزان السياسى والاجتماعى الذى يتصادف ان يكون عليه أغلب أعضائها فاذا اصدر - الاعضاء حكمهم الشخصى على القانون انتقلوا بعد ذلك الى التدليل القانونى فلم يعجزوا عن تقديم ذريعة يؤسسون عليها رأيهم[1].

وهذا القول لا ينهض دليلا على عدم جدوى البحث فى الانحراف ذلك ان السلوك القضائى كما قد يبدو انعكاسا دقيقا للقواعد والمبادئ القانونية قد يأتى متأثرا بوجهات النظر الخاصة بالسياسة الاجتماعية والاقتصادية التى يؤمن بها القضاء كما ان غالبا ما يكون للحدث تأثير فعال فى تحديد النتائج التى يتم الوصول اليها وان كان ذلك لا يمنع من تأسيسها منطقيا حتى تبدو فى صورة لائقة كما أن التبرير الفعلى للقرار أو النتيجة التى يتم الوصول اليها انما يأتى فى مرحلة لاحقة كاختيار لها تجاه التجربة والمنطق وبهدف تدعيمها حتى تبدو مقنعة للنفس والآخرين ومن هنا كان ذريعة ما يدعيه البعض من استحالة التسبيب الوارد فى رأى المحكمة على وصف دقيق للمنهج الذى تبينته المحكمة فى وصولها الى النتيجة التى انتهت اليها فى حكمها فالقضاء غالبا ما يحددون امامهم عددا من المقدمات المنطقية المتعارضة التى تتنافس على حل القضية المعروضة والتى يكون اختيار احداها له ما يبرره كما انهم يختلفون فى معالجتهم للقاعدة أو المبدأ

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٧٧ .

التى ينتهى اليه اختيارهم الامر الذى يكشف عن الدور الخلاق الذى يقوم به القضاه فى عملهم وعن مدى السلطة التقديرية التى يمارسونها فى الاختيار بين النتائج القانونية التى تكون متاحة امامهم والتى يجدون صعوبة حقيقية فى تبنيها وتأصيلها[١] واذا كان هذا التحليل يصدق على عمل المحكمة الدستورية فهو تحليل متصل بطبيعتها القضائية أى أنها اذا كانت فعلا تتبع ذلك المنهج فهى لا تخرج عما يفعله القاضى العادى المدنى أو الجنائى أو الادارى فهى لا تخرج من ثم عن نطاق حقيقة ما يفعله القضاه عادة ازاء ايجاد حل لقضاياهم .

وننتهى من عرض رأى دكتور أحمد كمال ابوالمجد الى أن جميع الفروض التى ذكرها لتشريعات مستترة هى لتشريعات معيبة بالانحراف التشريعى وهذه التشريعات يرجع وضوح الانحراف فيها إلى ما ذكره الدكتور من وجود اختصاصات للكونجرس واختصاصات أخرى للولايات ومن ثم فى حالة تعدى الكونجرس لاختصاصاته سواء كان ذلك التعدى خفية أو جهرا فان تحديد الاختصاص يجعل مهمة القاضى الدستورى اكثر سهولة عن حالة محاولته الكشف عن الانحراف التشريعى فى غير حالات الاختصاص .

وأخيرا بعد ان انتهينا من عرض نظرية الدكتور السنهورى عن الانحراف التشريعى وانتقادات الفقهاء لها نستطيع أن نحدد اطار الفكرة الانحراف التشريعى الصحيحة فى نظرنا وهى تلك الفكرة التى تعود بالانحراف الى طبيعته الذاتية التى تميزه عن سائر العيوب التى قد تصور

---

(١) انظر فى هذه النتائج المنهج الواقعى فى القانون الأمريكى وخاصة عند كارل ليويلين . انظر المنهج القانونى فى الولايات المتحدة ومصر ١٩٧٧ د/ سعيد الصادق ص ١٩٤ .

التشريع والفكرة الذاتية للانحراف ليست من ابتداعنا فهى حقيقة لصيقة بالانحراف فى شتى صوره انحرافا بالحق أو بالسلطة الادارية أو التشريعية فأكثر ما يميز عيب الانحراف التشريعى هو خفاؤه وما ذلك إلا لانه يرتبط دائما بما فى ذهن صاحب الحق أو صاحب السلطة الادارية والتشريعية لذلك كانت أى محاولة لاخفاء طابع موضوعى على الانحراف التشريعى لا تصادف نجاحا لانها تخرج منه أهم صفاته وهى خفاؤه مما جعله عيبا احتياطيا وانما نلجأ اليه فى حالة خلو التصرف من سائر العيوب ولو كان ظاهرا كالعيوب الاخرى لما كان عيبا احتياطيا ومن هنا تكون فكرة الانحراف التشريعى لدينا مثلها مثل فكرة الانحراف الادارى من حيث ذاتية الانحراف وخفاؤه وطرق كشفه واثباته ولكن هل يمكن اطلاق المقارنة بين الانحراف فى المجالين الادارى والتشريعى؟ هذا ما سنحاول عرضه من خلال استعراض اساس فكرة الانحراف فى النطاق التشريعى والأسس التى تستند عليها وامكانيات ظهورها فى النطاق التشريعى .

الفصل الثالث

رأينا الخاص حول فكرة الإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية

كان للعرض الذى قدمناه لنظرية الدكتور/ السنهورى عن الانحراف بالتشريع وآراء الفقهاء المعلقين على هذه النظرية أثراً كبيراً فى إيضاح معظم جوانب فكرة الانحراف التشريعى . فالفكرة فى أصلها لا تختلف كثيرا عن فكرة الانحراف بالحق أو الانحراف بالسلطة فالانحراف فكرة ملازمة للطبيعة البشرية فى أى عمل تقوم به سواء كان عملا من قبل الفرد أو من قبل موظف او سلطة ادارية أو من قبل القاضى أو المشرع أو حتى كما عرضنا سابقا من قبل السلطة التأسيسية المنشأة ويقوم هذا العيب أساسا على انه يصيب غاية صاحب السلطة ويجعله ينحرف من الصالح العام اذا كان هيئة ادارية أو تشريعية أو المصلحة المعتبرة الجدية التى هى غاية استعمال الحقوق ان كان فرد أو العنصر الرئيسى المشترك فى عيب الانحراف ان صاحب الحق أو المباشر للسلطة الادارية كان أو تشريعية أو قضائية يبغى الخروج عن تلك الاغراض التى يبتغيها المشرع العادى أو الدستورى من اعطائه هذه السلطة أو الحق وتكون هذه الاغراض غير محددة على نحو دقيق وانما يمكن معرفتها بمقارنتها بالاهداف التى يرجوها صاحب الحق أو المباشر للسلطة للقول بأن هذه الأغراض الأخيرة لا يمكن أن تتفق مع تلك التى يبتغيها المشرع أى أن القضاء فى بحثه عن الانحراف ونظرا لغموض فكرة المصلحة العامة انما يقوم بفحص مدى تحقيق القرار أو القانون للصالح العام بطريقة عكسية وعلى ذلك يمكن القول أنه هناك أسسا فنية

لفكرة الانحراف التشريعى تقوم على عناصر تتعلق بمدى السلطة التقديرية للمشرع فى اصدار القانون وغاية مصدر القانون وفكرة الصالح العام كما ان هناك اسسا واقعية تؤيد الآخذ بفكرة الانحراف التشريعى .

المبحث الأول

الأسس الفنية

لنظرية الإنحراف بالتشريع

الفرع الأول

مدى السلطة التقديرية

للمشرع على عناصر القانون

تناولنا فيما سبق مدى السلطة التقديرية للمشرع على عناصر القانون واوضحنا انه يملك سلطة شبه مطلقة فى عنصر الوقائع المبررة لاصدار القانون وهى الركن المعروف بركن السبب فى القانون قياسا على فكرة السبب فى القرار الادارى واذا رجعنا الى أساس ابتداع القضاء الادارى لركن السبب بعد أن كانت الوقائع لا تخضع لرقابة القضاء لوجدنا ان الأساس فى خضوع الوقائع للرقابة القضائية كان متمثلا فى غاية القرارات الادارية وهى الصالح العام حيث تستند القضاء اليها ليبرر امتداد رقابته على الوقائع السابقة على القرار ليتثبت من اتجاه القرار لغايته المرجوه منه أى ان رقابة الوقائع تجد سندها فى هذا المبدأ العام الذى ابتدعه القضاء بما له من قوة إنشائية فى نطاق القانون الادارى .

أما فى نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا نجد مثل هذا

السند القضائى ومن ناحية أخرى فان السلطة التقديرية المتروكة للمشرع فى عناصر القانون المختلفة انما هى تلك السلطة المتروكة له من قبل المشرع الدستورى ولا أساس لتدخل القضاء من جانبه ليضيق أو يوسع من هذه السلطة التقديرية . واذا كان القاضى الادارى يتمتع بسلطة واسعة فى التفسير وفرض مبادئه العامة إلا أنه لا يرقى الى مرتبة القاضى الادارى فى نطاق رقابته على اعمال الادارة وهى الرقابة التى تتيح له أن يتدخل فى نطاق التقييد والتقدير المتروك للادارة من قبل المشرع واذا انتفت رقابة القاضى الدستورى على ركن السبب فى القانون غدت السلطة التقديرية للمشرع شبه مطلقة واصبحت تشبه سلطة الفرد فى استعمال حقه لا يقيدها سوى الغاية من استعماله لهذا الحق ومن هنا يظهر أساس الأخذ بفكرة الانحراف التشريعى فهى رقابة الحد الادنى على امكان تحقيق القانون لغايته المرجوة منه . أو بمعنى آخر التثبت من عدم وجود أغراض معينة لدى مصدر القانون تجعله بافتراض وجود مثل هذه الاغراض لن يحقق ثمة صالح عام أى أنه ما دمنا قد امتنعت علينا الرقابة الموضوعية التى يمكن التثبت من خلالها من اتجاه القانون الى تحقيق الصالح العام فلا سبيل أمامنا الا للرقابة الذاتية المتمثلة فى رقابة الانحراف .

الفرع الثانى

الغاية من القانون وأثرها على طبيعته

اننا لو القينا نظرة على أثر الغاية على طبيعة القرار الادارى نجد أنه نتيجة لأن القرار الادارى يصدر أساسا تنفيذا للقانون أو فى كافة الأحوال بناء على قانون . نجد أنه فى حالات كثيرة يحدد القانون الوقائع التى يصدر القرار على أساسها وتلك هى حالات السلطة المقيدة التى تختلط فيها هذه الوقائع التى يحددها القانون بركن المحل فى القرار وقد أستند القضاء الادارى الى الطبيعة التنفيذية للقرارات الادارية لابتداع ركن السبب في القرار فى حالات السلطة التقديرية على أساس ان القرار لابد أن يستند الى واقع مادى أو قانون لأن القرار الادارى فى الغالب الاعم من الحالات لا يمكن ان يكون بذاته مصدرا للمشروعية . ومن هنا ثبت أن الواقع المادى أو القانونى الذى يقوم عليه القرار هو عنصر لازم له لا وجود للقرار بدونه فذهب العميد بونار الى انه فى أساس كل عمل قانونى نجد أما حالة أو عملا قانونيا أو ماديا يثير العمل القانونى ويكون اساس وجوده أن هذه العناصر فى العمل القانونى والتى يمكن ان تتشكل فى عدة اشكال تكون سوابق العمل ويمكن تسميتها باسباب العمل فالعمل يكون قائما بسوابقه التى تكون شرط وجوده(١) .

وهذا القول يمثل ذلك الاتجاه الفقهى الذى حاول أن يجد تبريرا لرقابة السبب فى القرار الادارى ولكن الفقهاء الرافضين لفكرة السبب يحللون القرار الادارى على نحو يجعل الغاية هى الاساس فى القرار ويعتبرون

---

(١) Bonnard le pouvoir discretionnairedes autorité adminstrative et le recour pour exces de Pouvoir R. D. P. 1923 p 369.

الوقائع مجرد عوامل خارجية توحي لرجل الادارة بأفكار معينة . أما الاساس فى العمل الارادى فهو الغرض الدافع وهو غرض شخصى نفسى محض فالعمل القانونى العام كأى عمل قانونى آخر يتكون من خمسة عناصر : (١) اعلان الارادة . (٢) أهلية معينة تتصل بهذه الارادة . (٣) محل لهذه الارادة . (٤) غرض دافع . (٥) مركز قانونى ينتج باعلان الارادة[(١)] .

واذا كنا نرى أن أساس فكرة الوقائع يرتبط بطبيعة العلاقة بين القرار والقانون وحتمية وجود واقع مادى أو قانونى يشارك ويدفع لاصدار القرار فان العلاقة بين القانون والدستور تجعل فكرة الوقائع التى تدفع لاصدار القانون ليست لها ذات أهمية والاساس الموجودين لها عند اصدار القرار فالوقائع المبررة لاصدار القانون هى من خلق المشرع وهو فى كثير من الاحيان لا يعتمد على وقائع مادية أو قانونية قائمة بالفعل بل انه يعمل على تنظيم علاقات مستقبلية فى المجتمع ونجد أساس هذه الحرية المتروكة له على ركن السبب فى القانون فى فكرة العمومية والتجريد التى تجعل تشريعه لا ينطبق على واقع موجود فعلا فقط بل على وقائع قد ترد فى المستقبل أى أنه لا يستنفذ اغراضه بمجرد تطبيقه مرة واحدة فالقانون قد يستند الى وقائع معينة لينظم العلاقات فى المجتمع ولكن هذا الاستناد لا يعنى هذه الوقائع هى الدافعة فقط لاصدار القانون لان القانون بعد أن يصدر لن يقتصر تطبيقه على هذه الوقائع فقط . ومن هنا لم تكن للوقائع

---

(١) انظر آراء د. يحيى فى مطوله فى القانون الدستورى جـ٣ ص ٣١٦ ، جـ٢ ص ٣٦٨ ، وانظر عرضا للاتجاه المفكر لفكرة السبب فى القرار دكتور/ السيد محمد ابراهيم – رقابة الوقائع – سالفة البيان – ص ١٣٠ ، ورسالة الدكتور/ حسانين عبدالعال – فكرة السبب – المرجع السابق – سالف البيان – ص ٢١٦ .

فى نطاق القانون نفس القوة التى لها فى نطاق القرار الادارى . واذا أخذنا فى الاعتبار أن الفقهاء الذين حاولوا ايجاد سند لرقابة الوقائع فى القرار كانوا يحاولون ايجاد اساس فنى لأمر واقع فعلا هو استناد القضاء الادارى لفكرة السبب لتبرير رقابته على الوقائع فاذا حللنا عملية اصدار القانون وجدنا ان الغرض أو الغاية من اصداره هى الركن الأساسى فيه فلا يتصور صدور تصرف ذى قيمة قانونية دون أن يكون له ثمة غاية أو غرض . فعدم وجود غاية للتصرف تجعل منه هوى[1] وعليه فان غاية مصدر القانون تكون لها الأثر الرئيسى فى تحديد محل القانون وخاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن الدستور نادرا ما يقيد سلطة المشرع فى خصوص محل قانونه بأوصاف قانونية منضبطة .

فمن هنا نجد أن غاية المشرع يمكن أن تدفعه لإصدار قانونى عام مجرد أو تدفعه فى ذات الوقت ان يتخذ من العمومية والتجريد ستارا يخفى فيه قرارا فرديا .

وبواعث المشرع قد تدفعه الى سن قانون يرتب الهيئات القضائية حقا ...ا تدفعه الى أن يتخذ من سلطته فى ترتيب جهات القضاء ستارا لانتقاص من سلطته أو الاعتداء على استقلاله وكثيرا ما نجد القضاء يصل ...ى هذا الهدف غير المشروع ولكنه فى النهاية لم يرجع بطلان التشريع الى ...جود الانحراف ولكنه يبطل التشريع مستندا الى مخالفة التشريع للدستور مخالفة موضوعية فى حين أنه لم يصل الى وجود هذه المخالفة الموضوعية الا بعد بحث غرض أو غاية مصدر القانون ولكن القاضى يسند هذا البحث

---

(١) انظر بونار - مقالته سالفة البيان - ص ٣١٣ .

الى سلطته فى تفسير القانون فى حين ان هذه النصوص واضحة لا تحتاج الى تفسير وان القاضى قد توصل الى وجود هذه المخالفة الدستورية عند بحثه فى آثار تطبيق القانون وهو البحث الذى يأخذ فى الاعتبار مقصد وارادة الشارع لان هذه الارادة هى التى تنعكس على محل القانون - فالمخالفة الموضوعية للدستور هى مخالفة واضحة تدل عليها نصوص القانون صراحة اما المخالفة التى يسترها المشرع دون أن يفصح عنها والذى يؤدى الى كشفها بحث القاضى عن مقصود المشرع الحقيقى وظهور هذا القصد يجعل النص الذى كان فى ظاهرة غير مخالف للدستور يضحى فى ظل هذا الغرض غير المشروع لمصدر القانون عملاً مخالفا للدستور ولكن كان للبحث فى غرض أو غاية مصدر القانون السبب فى الوصول الى عدم دستورية القانون وهذا البحث هو الميدان الطبيعى لفكرة الانحراف التشريعى.

ولنحاول ضرب بعض الأمثلة مما أورده الدكتور السنهورى للتدليل على أهمية عنصر الغاية (غاية مصدر القانون) على تحديد طبيعته ومن أهم هذه الامثلة الحالة التى يصدر فيها تشريع تنص الفاظه وموضوعه صراحة على حالة فردية معينة ومن ذلك فى فرنسا صدور قانون باعادة الضابط بيكار من الاستيداع الى الخدمة العاملة وترقيته[١] وهو ما نعتبره حاله من حالات عدم الاختصاص التشريعى واضحة لان هذا التشريع صدر فى غير الحالات التى سمح فيها الدستور بصدور قرار فردى فى صورة قانون أو وفقا لتحليل الدكتور السنهورى نفسه فانه يكون باطلا لعيب فى المحل وعلى كل فالقانون واضح فى خروجه على احكام الدستور اما اذا

(١) د/ السنهورى : مقاله سالف البيان - ص ٤١ .

اصدر البرلمان تشريعا عاما مجردا ولكنه يعلم فى الواقع انه لن يطبق الا على حالة فردية واحدة فينتهى الدكتور السنهورى الى أن التشريع هنا معيبا بالانحراف[١] والمتأمل فى هذا المقال يجد ان المؤثم هو الغاية أو القصد من التشريع لأن هذا القصد ومعرفته والوصول اليه من قبل القاضى هو الذى جعل تشريعا صحيحا فى ظاهرة ولكنه اخفى حالة من حالات الخروج عن الدستور وهنا نجد ان الانحراف التشريعى لا يختلف عن الانحراف بالحق أو الانحراف بالسلطة الادارية له الفضل في الكشف عن المخالفات المستترة للدستور .

ففى المثال السابق ترجمت الغاية من القانون فى صورة تشريع يتعلق بحالة فردية صراحة اما فى المثال الثانى فقد استقرت الغاية تحت الصياغة العامة لالفاظ التشريع بما لا يمكن معه الكشف عنها الا بالبحث الدقيق واستنباط القرائن لمعرفة هذه الغاية ومن الامثلة الاخرى التى ضربها دكتور السنهورى هو وجوب كفالة الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية فحين يحدد الدستور سلطة المشرع فى تنظيم هذه الحريات فلا قيد عليه – على المشرع – سوى الا يهدرها والمشرع عند تنظيمه لاحدى هذه الحريات لن تتضمن نصوص تشريعة اهدارها صراحة ولكن سيتم الاهدار من مجموع نصوص التشريع فى تطبيقها ولكن لكى يتوصل القاضى الدستورى الى ان التشريع يهدر هذه الحرية فإن عليه أولا أن يصل الى غاية المشرع من هذا التنظيم وهل يقصد التنظيم حقيقة أم الاهدار وفى ضوء تلك الغاية يتحدد طبيعة التشريع وهل هو منظم للحرية أم مهدر لها . وهكذا تبدو غاية مصدر التشريع ذات أثر فعال فى توجيه وتحديد محل القانون عكس ما هو

---

(١) د/ السنهورى : مقاله ص ٧ .

الحال في حالة القرار الاداري حيث تقوم بجوار الغاية من القرار عناصر واقعية أو قانونية يستند عليها القرار وهي عوامل تكون لها الاثر الفعال في توجيه القرار نحو الصالح العام ونظرا لطبيعتها الموضوعية فهي تغنى برقابتها عن رقابة الانحراف واذا كنا في مجال التشريع قد وجدنا ان هذ العوامل ليست لها ذات الآثار التي توجد لدى القرار الاداري فلا مجال الا بمراقبة الانحراف للتثبت من عدم اتجاه غاية مصدر القانون الى اهداف تجانب الصالح العام .

وأخيرا فاننا ننتهي الى أن الغاية أمر جوهري سواء بالنسبة لوجود الدولة أو لمشروعية نشاطها وبالتالي لا يمكن عزل الدولة عن وجود غاية لها فهي تمثل سلطة في خدمة فكرة ما وهي الى هذا المدى تكون قوة موجهة على النحو الذي يسعى الى تحقيق الفكرة ونقلها الى مجال الواقع والتمييز بين وظائف الدولة وغاياتها هو الذي يؤكد وجود هذه الغايات فكل تصرف من تصرفات اجهزة الدولة له باعث وغاية معينة ونشاط هذه السلطات المختلفة لا يستخدم الا لغاية محددة فالوظيفة ليست سوى وسيلة لغاية اذ ترتبط بالقصد الذي يحرك فاعل النشاط وهذا القصد سابق بداهة على القيام بالتصرف لأنه هو الذي يحدده . فالغاية تسبق منطقيا الوسيلة ولكنها لا تغدو محسوسة بالنسبة للمراقب الخارجي الا بهذه الوسيلة التي تعتبر في الحقيقة العنصر النفعي الذي يسبقها[١] .

ومن هنا كانت رقابة تحقيق القانون للغاية المقررة لسائر اعمال السلطات العامة في الدولة وهي الصالح العام رقابة ضرورية واساسية وأن

---

(١) د/ محمد عصفور : محاضرة غير منشورة عن المصلحة العامة – ص٤ نقلا من رسـالة Timist.

مصدر المشروعية فى القانون هو اتجاهه لتحقيق الصالح العام وأن ثبوت عدم اتجاهه الى هذا الهدف يؤدى الى عدم مشروعية القانون فى أهم اركانه وهو الغاية واذا كانت الرقابة الموضوعية للتثبت من تحقيق القانون لهذا الصالح العام غير ممكنة على وجه كامل فى نطاق القانون الدستورى نظرا للحرية التى يتمتع بها المشرع فى ركن الوقائع فى القانون فلن تبقى لنا سوى الرقابة الذاتية وهى رقابة الانحراف بالتشريع ..

الفرع الثالث

فكرة الصالح العام فى نطاق

الرقابة على الانحراف بالتشريع

ان مصطلح الصالح العام مثله مثل العديد من المصطلحات العامة التى تتسع لكثير من الشروح والتخريجات التى تتسم بالمرونة والتى تخولها استيعاب انماط مختلفة عن المذاهب والافكار وتتعرض على مدى التاريخ للمحاولات التى تبذل كل حين ومن كل جانب لتلوينها بالاصباغ الفلسفية المتعددة وتكون قدرة المصطلح على الاحتواء سبيلا الى تطويره وأثرائه كما تكون ثغرة تلوذ بها بعض المبادئ الدخيلة والنظريات الطردية والمذاهب المنبوذة[1] وعلى الرغم من اتفاق الفقهاء من قدماء ومحدثين على أن أساس وجود الدولة هو تحقيق الخير العام أو الصالح العام وان هذا الهدف يجب ان يحكم جميع تصرفات سلطاتها العامة المختلفة فأرسطو مثلا حدد الهدف الذى تسعى اليه كل دولة بأنه ليس هو حماية افرادها من الاعتداءات الخارجية وليس هو تبادل السلع والخدمات وإلا أصبحت كل الدول التى تعقد فيما بينها اتفاقات عدم اعتداء أو اتفاقات تجارية دولة واحدة ولكن الهدف من كل دولة هو تحقيق الخير العام للجميع أى ان يعيش كل فرد حياة افضل وكل المؤسسات فى الدولة ليست سوى وسائل لادراك هذا الهدف . وهذه الحياة الافضل تتحقق بوجود العدل الذى يشمل كل الفضائل والأساس الذى يجب ان تقوم عليه الدولة لتحقيق الغاية منها[2]

---

(١) الديمقراطية وفكرة الدولة : الاستاذ/ عبدالفتاح العدوى ١٩٦٤ - ص ١٥٠ .

(٢) ارسطو : السياسة ص ٤٤ نقلا من د/ سمير تناغو مبادئ القانون - ص ١٣٢ .

ونفس هذا الآراء تجدها عند الفقهاء المعاصرين حيث يذهب بعض منهم الى انه من الحقائق المقررة ان تسيطر على كل جماعة انسانية فكرة غالبة عن الخير العام أو المشترك تتجه كل سلطات الدولة لتحقيقها[١] وعلى الرغم من هذا فان فكرة الصالح العام فكرة غير ثابته بمعنى أن لكل مجتمع صالحه العام الذى يرجو تحقيقه بل ان المجتمع الواحد تتغير نظرته الى هذا الصالح العام أو الخير المشترك فى كل حقبه من حقب تقدمه وتطوره فتارة يرى فى النظام الرأسمالى محققا لمصالحة العام وتارة يجعل من النظام الاشتراكى سبيلا الى هذا الصالح العام . وفكرة الصالح العام كهدف للتشريع هى فكرة مسيطرة على كثير من النظم السياسية والاجتماعية ونجد لها اصلا فى الفقه الاسلامى حيث احتلت المصلحة المرسلة مكانتها كمصدر للتشريع وقام الفقهاء بتقسيمها من حيث قوتها الى المصالح الحاجية والمصالح التحسينية كما قسموها من حيث شمولها الى مصلحة عامة من حيث الخلق كافة ومنها ما يتعلق بالمصلحة الاغلب ومنها ما يتعلق بمصلحة شخص معين وقد انتهي العلماء الى أنه فى كل موضع تتعارض فيه مصلحة عامة مع مصلحة خاصة فان الأولى تقوم على الثانية[٢] وعرف الفقه الالمانى تقسيمات المصالح والموازنة بينها[٣].

وعرف الفقه الامريكى فكرة المصلحة كغاية للقانون وانتهى جانب

---

(١) بيردو : مطوله فى العلوم السياسية جـ٢ ص ٦٢ حتى ص ٨٣ .

(٢) انظر نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى د/ حسين حامد حسان - دار النهضة العربية - لسنة ١٩٧١ ص ١٥ : حيث يتولى بالشرح آراء الغزالى فى كتابه المستصفى وكذلك يعرض لكتاب الموافقات للشاطبى ، وانظر رسالة د/ محمد مصطفى شلبى - تعليل الاحكام لسنة ١٩٤٩ جـ٢٨١.

(٣) فى نشأة وتطور الفقه فى المانيا من القانون الحر الى فقه المصالح - مقال بمجلة مصر المعاصرة - العدد ٣٣٦ - لسنة ١٩٦٠ ، د/ ثروت انيس الاسيوطى ص ٤٣٩ .

منه الى ان المصالح هى الموضوع الأساسى للقانون وهى فى حالة تنازع وتداخل ومن ثم كانت وظيفة القانون هى التوفيق بين المصالح المتنازعة وتحقيق نوع من الهندسة الاجتماعية والفقه الاجتماعى الامريكى يعبر عن المصلحة بأنها المطلب أو الحاجة أو الرغبة الخاصة بالكائنات البشرية الذى تسعى الى تحقيقه فرادى أو جماعات ومن ثم يكون على الهندسة الاجتماعية فى المجتمع المتمدين أن تأخذها فى اعتبارها وهذه المطالب والرغبات والحاجات قد تقتضيها مباشرة الحياة الفردية ومن ثم تكون مصالح فردية وقد يقتضيها التنظيم السياسى للمجتمع فتكون مصالح عامة وهذه المصالح العامة تشتمل على نوعين من المصالح : الأول مصالح المجتمع السياسى المنظم (الدولة) باعتباره شخصاً قانونيا فى المحافظة على شخصيته وأمواله والثانى مصالح الدولة التى تقوم على كونها حارسة على المصالح الاجتماعية[1]. هذه الأفكار المتعددة عن الصالح العام أو الخير العام عندما نبحث عن دور المشرع فى تحديد هذه الفكرة نجدأنه صاحب اليد الطولى فى تحديد أوجه الصالح العام الذى يهدف القانون الى تحقيقها . وذلك فى اطار الدستور وبالرغم من اختلاف مفهوم المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة بكل فرد فى المجتمع الا أن فكرة الصالح العام فكرة لا كيان لها ولا تجرى فيها دماء الحياة حتى أن من الفقهاء من ذهبوا الى انها ليست شيئا آخر غير المصالح الفردية توضع بالتناوب فى حالة غير

---

(١) يعتبر روسكوبا وند هو صاحب اراء وأفكار هذه المدرسة المكونة للفقه الاجتماعى الامريكى وهذه الفقرة الواردة بالمتن من مؤلفة مدخل الى فلسفة القانون ترجمة صلاح دباغ ص ٣٩ ، وانظر مقالته فى مجلة هارفارد سنة ١٩٤٠ .

وانظر عرضا لفقهاء هذه المدرسة فى رسالة د/ سعيد الصادق المنهج القانونى فى الولايات المتحدة - رسالة سنة ١٩٧٧ .

مؤذيه أو ضارة[١] ولكن هذا الرأى بالغ فى التعميم فعدم امكانية وضع حدود معينة لفكرة الصالح العام لا يعنى بحال من الأحوال المساواة بينها وبين المصالح الفردية فهناك بالقطع اختلافا فى الطبيعة أو الخصائص الجوهرية بينهم فالصالح العام وان تولد عن المصالح الخاصة الا أنه يتسامى عليها . بعمومه واتساعه وأهميته وهو يعتبر لذلك أساسا للسلطة وحقها فى أن تطلب الطاعة كما انه اذا أمكن التضحية بالخير الخاص أو المصلحة الخاصة لا يتصور التضحية بالصالح العام وهناك ميزة أساسية فى الصالح العام تجعله متميزا عن الصالح الخاص الا وهى عموميته وهذه العمومية تتنافى مع أى تخصيص أو استئثار[٢] . ولكن كيف ينشأ الصالح العام كهدف أو قانون لدى المشرع وكيف يمكن التثبيت من توافر هذه الغاية غير المحددة فى التشريع ؟

ان المشرع له الحق فى تحديد الصالح العام من بين المصالح الخاصة الغديدة المتصارعة والمتناقضة وهو لذلك يملك تحديد الصالح العام المفروض على الجماعة في وقت معين ولكن المشكلة فى كيفية وجود الضمان فى الا يفسر الحكام (المشروعون) المصلحة العامة أو الخير العام على النحو الذى يحقق مصالحهم الخاصة وقد يجرى الانحراف عن المصلحة العامة عن طريق السلطة التشريعية نفسها وليس يخفى ان من يملك وضع القانون يملك تحديد المصلحة المرعية التى تحظى وحدها بحماية القانون ومن الاغراق فى الوهم ان تتصور مهما بلغت بعض النظم الى درجة كبيرة من الشعبية أو الجماهيرية وتجردت عن محاباه بعض مراكز القوة أو السلطة فى المجتمع

---

(١) د/ عصفور : محاضرة عن المصلحة العامة – غير منشورة ص ٣٩ .

(٢) د/ عصفور : المحاضرة – سالفة البيان ص ٤٦ .

فان المشرع فى الحقيقة يملك ان يحدد بطريقة تحكمية ما الذى تعنيه المصلحة العامة فى المجتمع بحيث يقصد فى الحقيقة حماية مصالح خاصة وعليه فلا مجال سوى بتقيد المشرع بقيود ذاتية تجعله يرعى قدرا من مصالح الطوائف الاخرى فى المجتمع ولا تفيد الرقابة على دستورية القوانين شيئا ما دامت لا تمتد الى نطاق الانحراف التشريعى[١].

وهكذا أوضح هذا التحليل من قبل الفقيه ان الحاجة الى رقابة تحقيق القانون للصالح العام لا يمكن ان تتحقق سوى برقابة الانحراف التشريعى ولكن كيف يمكن للقاضى أن يتحقق - عن طريق رقابة الانحراف - من اتجاه القانون للصالح العام ان القاضى الدستورى شأنه فى ذلك شأن القاضى الادارى فى هذا الخصوص فغموض فكرة الصالح العام موجودة فى القانون الادارى والدستورى معا والقاضى الادارى أو الدستورى لا يصدر حكما على صلاحية الهدف من التشريع لتحقيق الصالح العام - وذلك عن طريق رقابة الانحراف - أى أنه بمعنى آخر لا يتخذ من رقابة الانحراف - أو بالادق لا يجب أن يتخذ من هذه الرقابة - وسيلة لاصدار حكم تقويمى على غايات القانون بحيث ينتهى به الأمر إلى أن يصبح موجها للمشرع فى هذا الخصوص وإلا لاضحى دوره ذو قيمة فوق دستورية وانما هو يلجأ الى رقابة الانحراف لا ليتثبت موضوعيا من اتجاه المشرع الى الصالح العام وانما ليتأكد من أن أغراض المشرع الحقيقية لا تتنافى والصالح العام أى أن فكرة الصالح العام كما سبق وذكرنا مثلها مثل سائر الافكار غير المعرفة لايمكن وضع تحديد منضبط لها ولكن يمكن بسهولة اكتشاف حالات انتهاكها إن المشرع عادة لا يظهر من الاغراض الا تلك التى تتفق مع

---

(١) د/ عصفور : المحاضرة - سالفة البيان ص ٤٨ .

الصالح العام بمعناه الواسع مستغلا في ذلك سلطته في اختيار أى هدف يتفق والصالح العام ومن هنا كانت أهمية عيب الانحراف البالغة فى أنه يؤدى الى كشف الغرض الحقيقى من التشريع وبظهور الغرض الحقيقى تتحدد دستورية أو عدم دستورية التشريع ليس فقط لان هذا الغرض الحقيقى لا يتفق والصالح العام ولكن لأن الغرض نظرا لصلته الوثيقة بموضوع أو محل القانون ينطبع عليه ويضحى القانون غير دستورى بعد أن كان فى ظاهرة صحيحا لان القانون اصبح يخالف نصوص الدستور ولكن هذه المخالفة لم يتسن اكتشافها الا بعد التوصل الى الغرض الحقيقى من التشريع من هذا التحليل يستطيع أن نتبين أن هناك امثلة عديدة ذكرها دكتور السنهورى فى مقالة وعند تحليلها انتهى الفقهاء الى أنها تخالف الدستور مخالفة موضوعية فى حين أننا لم نستطع أن نصل الى هذه النتيجة الا بعد معرفة الغاية الحقيقية من التشريع واقامة الدليل عليها فمثلا ان الدستور حين نص على عدم جواز مصادرة الصحف اداريا الا اذا كان ذلك ضروريا لوقاية النظام الاجتماعى فصدور تشريع مثلا يجيز مصادرة الصحف للمحافظة على الأمن والنظام يجعله مشوبا بالانحراف[(١)] فاذا تأملنا هذا القول بدا لنا لأول وهلة ان صدور تشريع بهذا المعنى يجعل التشريع معيبا فى محلة ومخالفا للدستور مخالفة موضوعية ولكن الواقع أن السلطة التشريعية لن تبرز علنا هذا الغرض وبمعنى آخر فان نصوص القانون قد لا تتضمن هذه المخالفة صراحة وبتفسيرها من قبل القاضى الدستورى لن تؤدى الى هذا القول الا اذا ادخلت فى هذا التفسير حقيقة غاية مصدر القانون أو بعبارة أخرى إلا إذا فسرت نية مصدر القانون وهذا

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٧٣ .

هو التعبير المرادف للبحث فى الانحراف حيث تقع منطقة الانحراف على هذه النية ومن هنا يبدو ان اضفاء الطابع الموضوعي على عيب الانحراف يؤدي الى عدم جدواه ومن ذلك أيضا حالة التشريع الذى يستر عقوبة مقنعة ذات أثر رجعى فالوصول الى أن هذا التشريع مخالف للدستور فى خصوص ما تضمنه من عقوبة بأثر رجعى هو نتاج بحث عن حقيقة مقصود الشارع من التشريع وحقيقة هذا المقصود تتكشف لنا عن طريق بحث الانحراف لأن المشرع لن يفصح صراحة فى تشريعه عن الأثر الرجعى للعقوبة الواردة به ولذلك كان الانحراف عيبا لا يمس من قريب أو بعيد ملائمات التشريع أو يقيد المشرع بأهداف معينة فى نطاق الصالح العام .

والقاضى لا يتدخل فى غايات التشريع لأنه ببساطة لا يملك فكرة مسبقة عن هذه الاهداف ولكنه يستخدم أسلوب عمله القضائى فى معرفة اتجاه أو عدم اتجاه ارادة المشرع اليها بصدد كل قضية على حدة وهو الأمر الناتج عن طبيعة البحث فى الانحراف وهو البحث القضائى فى الدرجة الأولى إن الانحراف ينصب على هذا الجانب الذاتى جانب ارادة المشرع فى اصداره للقانون ويتثبت من مجرد الحد الادنى فيها وهو وجوب الا يستهدف مصدر القانون أغراضا تتنافى والصالح العام .

هذا الصالح العام الذى منح المشرع سلطته فى اصدار القوانين لتحقيقه هو مصدر اختصاصه وخروجه عن هذا الصالح العام يجرد عمله من كل قيمة قانونية فالمشرع وفقا للدستور يباشر اختصاصا معينا لتحقيق هدف معين فاذا تنكب عن هذا الهدف كان عمله باطلا[1] .

(١) انظر فى المصلحة العامة الخير العام وعلاقتهم بالنظام العام د/ محمد عصفور - البوليس والدولة ١٩٧٢ ص ٣٨ ، وانظر الصالح العام وعنصرية اللازمين له وهما العدالة والنظام لدى بيردو - مطوله فى العلوم السياسية جـ١ ص ٥٢ : ص ٦٤ .

ان التساؤل الهام المثار عند بحث فكرة الصالح العام في نطاق التشريع هو تحديد الفارق الدقيق بين الصالح العام كغاية أساسية للتشريع لا يمكن تصور صدوره متنكبا لها وبين تلك المصالح الخاصة لطائفة معينة أو هيئة محدده لها وسائل ضغطها الخارجى على البرلمان حتى يصدر التشريع لصالحها ؟

ان هذا التساؤل يتصل فى الاساس ببحث كيفية اثبات الانحراف التشريعى إلا أنه يرتبط اكثر ما يرتبط بفكرة الصالح العام ذلك أن أغلب التشريعات التى تصدر عن البرلمان تخدم بالقطع مصالح فئة أو طبقة أو هيئة ما كما انه فى ذات الوقت يضر بمصلحة فئات أخرى أو هيئات أخرى فى بعض الاحيان فكيف يمكن اقامة الحد الفاصل الدقيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لهذه الطوائف أو الهيئات وهل من مقتضى القول باطلاق المصلحة العامة فى التشريعات عدم جواز صدور تشريع خاص بطائفة معينة أو هيئة معينة أو لصالح مجموعة من الافراد دون البعض الآخر؟ ان الواقع العملى يوضح أن البرلمان فيما يصدره من قوانين لا يمكن فى أغلب الاحيان الا أن تكون هذه القوانين معبرة عن القوة المسيطرة فى البرلمان وفى نفس الوقت محققا لمصالح هذه القوة المسيطرة ذلك أن هذه القوة هى التى أدت الى انتخاب اغلب اعضاء البرلمان فاذا نظرنا الى البرلمان كسلطة صاحبة السيادة فى الدولة أو على الأقل صاحبة التشريع واجب الطاعة فلا يمكن لأى فرد يتفحص التاريخ بدقة أن ينكر أن تصرفات السلطة الحاكمة تخلو من التحيز فالدولة فى اثينا كانت تتحيز ضد العبيد وكانت الامبراطورية الرومانية تتحيز ضد العبيد والفقراء كما كانت الدولة فى العصور الوسطى تتحيز لصالح ملاك الاراضى ومنذ الثورة الصناعية

أخذت الدولة تتحيز لمصلحة ملاك وسائل الانتاج والهيئة التشريعية هى هيئة من الناس الذين يصدرون الأوامر لتحقيق الاهداف التى يرونها صالحه ومفهومهم عما هو صالح هو ثمرة لوضعهم فى العملية الانتاجية[١] فما من أحد يدرس تشريع الدولة يستطيع أن يشك فى صلته بمطالب تلك الطبقة التى تمارس السلطة باسمه فتاريخ النقابات العمالية فى انجلترا أو تاريخ حرية التعاقد فى أمريكا وتاريخ التشريع الزراعى فى روسيا كلها امثلة للطريقة التى تتبعها طبقة اقتصادية مسيطرة لتستغل الدولة فى اعطاء الصفة النهائية لتلك الأوامر القانونية التى تحمى مصالحها على أحسن وجه[٢] ولكن هل من المستحيل أن يتحقق الصالح العام في مثل هذه الظروف؟ أن الدولة حين تطالب بطاعتها انما تستند الى قدرتها فى أن تتضمن لمواطنيها اقصى حد لارضاء مطالبهم ولكى يكون هذا المطلب سليما يجب ألا يكون هناك اى تحيز فى قيام الدولة بهذه الوظيفة فاذا ما انقلبت جهود الدولة لتصبح فى خدمة مصالح مجموعة محدودة من الناس الذين يعيشون داخل المجتمع الذى تحكمه فان الثورة تكاد تكون محتملة[٣] ولهذا فان الأوامر القانونية لأية دولة يجب أن نفهم دائما فى ضوء الغاية التى تسعى لتحقيقها حتي يمكن تبريرها وبذلك تكون أية حكومة اذا بلغنا بالتحليل غايته هيئة من الاشخاص يصدرون أوامر باسم الدولة الى زملائهم من المواطنين وان احتفاظهم بالسلطة يعتمد على قدرتهم على اصدار الاوامر بحكمة فهم يواجهون عددا لا حصر له من المطالب التى

---

(١) هارولد لاسكى : الدولة فى النظرية والتطبيق - طبعة انجلترا - ١٩٢٥ .

(٢) هارولد لاسكى : مدخل الى علم السياسة - ترجمة عزالدين محمد حسنى - ١٩٦٨ - مؤسسة سجل العرب ص ١٩ .

(٣) هارولد لاسكى : الدولة فى النظرية والتطبيق - المرجع السابق - ص ١٠٤ .

تتفاوت في شدتها والحاحها والتي تنشد منهم الاشباع والحكمة التي تتجلى في تصرفاتهم كحكومة تستند بشكل واضح الى مقدرتهم على اشباع أكبر قدر ممكن من المطالب وأزدادت معرفتهم بافكار مواطنيهم وعواطفهم وكانوا أقدر على تقرير السياسة التي يجب أن ينتهجوها لتحقيق هذا الغرض ولهذا السبب تبرز أهمية الحرية والمساواة في المجتمع فالحرية وحدها هي التي تهيئ الفرصة للافصاح عن هذه المطالب كما ان المساواة تقدم الضمان الوحيد على أن هذه المطالب سوف ينظر اليها نظرة عادلة[١] والواقع ان هذا التحليل من قبل المفكر الكبير وان كان قد حدد المشكلة بشكل واضح ومع خلطه في استعماله عبارات الحكومة والدولة والسلطة التشريعية إلا أنه أبرز المشكلة التي نحن بصددها وهو أن يعبر البرلمان على نحو ما عن مصلحة طبقة أو حزب أو هيئة معينة مما تمثل قوة من قوى الضغط في المجتمع كما ان المفكر الكبير وضع حلا سياسيا في نظره وهو وجوب التزام الحياد الي درجة كبيرة بين هذا الصراع خشية الثورة وإذا نظرنا الى المسألة من الناحية القانونية وجدنا ان الانحراف التشريعي يتحقق اذا كان من شأن التشريع أن يهدد قاعدة المساواة بين المواطنين أو بمعني أدق المساواة بين إصحاب المراكز الموضوعية المتماثلة أي يهدد مبدأ المساواة القانونية حتى وان حقق مصلحة لطائفة كبيرة من الافراد فإهدار مبدأ المساواة القانونية يعد قرينة قوية على وقوع الانحراف التشريعي ويعطى تطورا ان البرلمان انما حقق مصالح خاصة لبعض الطوائف دون الطوائف الأخرى ولذلك فلا يمكن ان يوصف مثل هذا التشريع بالموضوعية ويصبح مفتقدا لركن العمومية والتجريد وان كان ظاهرة ينبئ عن تحقيقه

---

(١) هارولد لاسكي : مدخل إلى علم السياسة - المرجع السابق - ص ٢٧ .

للعمومية والتجريد بما يتضمنه من ألفاظ وعبارات عامة مجردة . فعلى سبيل المثال قد يرى البرلمان ان اصحاب مؤهل معين يستحقون أن تسوى حالتهم على أساس درجة وظيفة معينة فلا تثريب على البرلمان أن يصدر قانونا محققا لهذا الغرض ويكون القانون فى هذه الحالة محققا للصالح العام وإن تضمن تنظيم شئون فئة معينة فى المجتمع الا ان هذا الصالح العام يكون مشروطا بألا يؤدى هذا القانون الى التمييز بين اصحاب مؤهل آخر يتساوون مع اصحاب المؤهل الذى صدر فى شأنهم القانون فى هذه الدراسة ونوعها ويتضح الانحراف اذا كان هذان المؤهلان قد تم تقييمهما من قبل على أساس استحقاق شاغليهما لدرجة وظيفية معينة فاذا ميز البرلمان دون أسباب موضوعية صحيحة بين أحدهما دون الآخر وقع تشريعه معيبا بالانحراف للتفرقة بين المتماثلين وأهدار مبدأ المساواة أى ان الصالح العام ليس من مقتضاه صدور تشريع ينظم شئون جميع افراد المجتمع ولكن من الضرورى حتى يتحقق هذا الصالح العام ان تخلو غاية مصدر القانون من التحيز لطائفة معينة أو احدى جماعات الضغط وهذا التحيز لا يظهر لأول وهلة فى التشريع ذى العبارات العامة المجردة والا لأهدر مبدأ المساواة صراحة ولكفانا مؤونه البحث عن الانحراف التشريعى ولكن التشريع الذى يميز طائفة على أخرى أو يحابى جهة على حساب جهة أخرى يمكن الطعن فيه بالانحراف إذا قدم الطاعن الأدلة والقرائن على ان القانون فرق دون مقتضى بين أصحاب مراكز قانونية متساوية وأن غايته الحقيقية هو تمييز هذه الطائفة على الاخرى فاذا كان التمييز ظاهرا فى نصوص القانون دون حاجة لبحث نية مصدره وغرضه الحقيقى وقع القانون معيبا فى محله لمخالفته لقاعدة المساواة القانونية وهى قاعدة دستورية وأما إذا كانت

المخالفة تتطلب إيضاح غاية مصدر القانون والاستعانة بها للتدليل على حقيقة الغرض من التشريع وقع معيبا بالانحراف وهذه التفرقة هي التفرقة بين وسائل كشف العيوب الموضوعية التي تشوب القانون والعيب الشخصي له المتمثل في الانحراف .

والأمر الواجب توضيحه هنا هو ان التشريع في عموميته لا يمكن بداهة ان يتضمن تنظيما لسائر المراكز القانونية في المجتمع وانما تتحقق عموميته بتنظيمه الموضوعي دون تفرقة للمراكز القانونية المتساوية للافراد والهيئات أو الجماعات فما دامت هذه الجماعات أو الهيئات ذات مركز قانوني متساو فلا يجوز التفرقة بينها والا غدا التشريع مفتقدا لركن العمومية ومن هنا كانت غاية التشريع مرتبطة تماما بهذا الفهم لفكرة العمومية الواجبة في التشريع وفكرة المساواة بين المتماثلين أي ان الصالح العام يرتبط اساسا بانتفاء التحيز لدى البرلمان لصالح جماعة أو هيئة معينة واذا كان جزاء هذا التحيز من الناحية السياسية هو احتمال قيام الثورة في المجتمع فان جزاء هذا التحيز في نطاق القانون هو بطلان التشريع وان في اعتبار عضو البرلمان ممثلا لسائر انحاء البلاد لا لجهة معينة هي التي انتخبته هذا التكييف القانوني لعضو البرلمان كممثل للامة كلها انما كان يهدف اساسا الى القضاء على امكانية ان يصبح التشريع وسيلة قهر لسائر الطوائف ذات الاقلية في المجتمع مما يسبب سخط وثورة هذه الطوائف وهذا التكييف المجازي يجب أن يكون له صداه الواقعي أو الفعلي لدى أعضاء البرلمان ومن هنا وجب أن يكون تشريعهم محققا للصالح العام بمفهومه الاصيل المرتبط تماما بمفهوم فكرة المساواة القانونية كما سبق واوضحنا واذا كان من الممكن من الناحية السياسية منع التحيز فيما يصدره البرلمان من

قوانين نظرا لما يرتبه ذلك من امكانية الثور من ناحية واذا كان من الممكن قانونا منع هذا التحيز بالطعن فى دستورية القانون فإن هذا الوسائل لا يمكن ان تقضى اطلاقا على امكانية تحيز البرلمان وبمعنى أدق القوة المسيطرة فيه لصالح تلك الجهات والهيئات والافراد الذين يمثلون جمهور ناخبيهم ولا يمكن عمليا وضع وسيلة تحد من امكانية صدور تشريعات مغرضه ولو فى صورة مستتره إلا أنه يمكن القول أن الرقابة الحازمة للمحكمة الدستورية على مثل هذه التشريعات تضع قيدا شديد الفعالية على امكانية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية لتحقيق اغراض خاصة لاعضاء البرلمان حتى ولو كانت استجابة لضغط جمهور ناخبيهم ما دامت هذه القوانين تحابى أحدى الجهات أو الهيئات على حساب الجهات أو الهيئات أو المؤسسات الأخرى .

وإذا انتهينا من بيان الأسباب والأسس التى تقوم عليها النظرية من الناحية الفنية كان لزاما علينا وفى اطار هذا البحث النظرى أن نوضح من الناحية العملية أيضا العوامل الواقعية التى تؤيد امكانية وجود هذا العيب .

المبحث الثانى

الأسس الواقعية

لفكرة الانحراف التشريعى

الفرع الأول

تكوين السلطة التشريعية

ان النقد الأساسى الموجه لامكانية وجود انحراف بالتشريع هو ان السلطة التشريعية تتكون من عدد كبير من الافراد مما يصعب اتجاههم جميعا الى غرض غير دستورى ، وأن القانون الصادر من البرلمان ليس صادرا من فرد واحد كالقرار الادارى حيث يمكن فحص نية وغرض مصدره[1] والواقع ان امكانية وجود الانحراف التشريعى انما تتوقف على عوامل عديدة ترتبط بتشكيل الهيئة التشريعية وبطريقة عملها ، واذا تتبعنا مراحل السلطة التشريعية نجد ان المؤسسات السياسية هى من صنع الإنسان ومدينة بنشوئها ووجودها كله الى ارادته . وانها لم تنمو من تلقاء نفسها فكل دور من أدوار كيانها لم يتم الا بفضل ارادة الإنسان ، ولذلك فان المؤسسات السياسية كما هو الحال بشأن سائر الاشياء التى يصنعها الإنسان إما أن تكون قد صنعت بشكل جيد أو بشكل ردئ . وإما أن يكون حسن الرأى والكفاءة قد توفرا فى عملية انمائها ، وإما ألا يكونا كذلك وبالطبع فان البرلمان هو أحد أهم المؤسسات السياسية فى الدولة[2]

---

(١) انظر رأى د/ رمزى الشاعر بهذا الصدد فى المؤتمر الذى أقيم حول بعض الجوانب القانونية المعاصرة فى مصر تجميع د/ أحمد جامع سنة ١٩٨١ حيث ذهب ص ١٠٧ الى أن الانحراف يصعب تصوره عندما يصدر من جمع متعدد .

(٢) جون ستيوارت ميل : الحكومات البرلمانية - سنة ١٩٥٨ - ص ٣٦ .

وأهمية العامل البشرى لا تتمثل فى انشاء وإنماء المؤسسات السياسية بل ان هذا العنصر لازم وضرورى لاستمرارها فى أداء مهامها وعليه فإن الحكومة الصالحة تعتمد فى المقام الأول على صفات المخلوقات الإنسانية التى يتشكل فيها المجتمع الذى تمارس الحكومة سلطتها عليه ، فالقضاء مثلا يقوم على اعتبارات تخضع لأهمية الصفات التى يتمتع بها الأشخاص القائمون على العمل فيه .

ولذلك كان لنا أن نتساءل ما أهمية قوانين المرافعات فى الوصول الى العدالة اذا كان وضع الشعب الادبى على شكل يكذب فيه الشهود ويقبل فيه القضاه تناول الرشوة ، وما فائدة وجود نظام شعبى نيابى للحكم اذا كان الناخبون لا يعنون باختيار أحسن عضو للبرلمان ، بل ينتخبون العضو الذى ينفق المال الكثير لكى يتم انتخابه ، وكيف يمكن لهيئة نيابية أن تفعل الخير والعلاج اذا كان من المستطاع شراء أعضائها[١] واذ أبرزنا أهمية العنصر البشرى فى بناء وتنمية واستمرار عمل المؤسسات السياسية ومنها البرلمان فوجب أن نتابع عمليا كيفية تكوين البرلمان ومباشرته لسلطاته بدأ من هيئة الناخبين .

وهيئة الناخبين ليست مجموع أفراد الشعب وانما هى ممثلة له ، والديمقراطيات التقليدية تشخص هيئة الناخبين فى الشعب غير ان هيئة الناخبين ليست إلا بناء عقليا لفكرة الشعب[٢] .

وبالنسبة لدور هيئة الناخبين فى عملية أنتخاب أعضاء البرلمان فان

---

(١) جون سيتوارت مل - المرجع السابق - ص ٤٨ .

(٢) بيردو مطول علوم السياسة - سنة ١٩٦٨ - ص ١٩٨ .

هناك من الفقهاء الغربيين ما يرون أن أغلب الناس لا يصلحون لأداء مهمتهم كناخبين بالرغم مما وصلت اليه بلادهم من التعليم والتربية السياسية والخبرة بالأنظمة النيابية . ففى فرنسا يذكر أحد كبار الفقهاء أن هيئة الناخبين نظرا لما هى عليه من جهل هى سيد يسهل استغفاله وافساده . فالناخبون انما يختارون فى الواقع بين المرشحين الشخص المتوسط بل والردئ . ويذكر الاستاذ بارتلمى أنه يوجد بين أعضاء البرلمان الفرنسى من لا يصلحون للعمل فى أية وظيفة من الوظائف فى اصغر المقاطعات ، ويذهب أحد الفقهاء الأمريكيين انه نظرا لكثرة التشريعات فى الولايات المتحدة التى ينظر فيها البرلمان فان الجمهور يبدو عاجزا عن تكوين رأى عام بصدد كثير من المسائل إما لعدم وجود فراغ من الوقت لديه أو لأسباب أخرى والواقع أن اعضاء البرلمان أنفسهم ليس لديهم الوقت الكافى لدراسة كل المسائل دراسة وافية لأنهم مرهقون بالعمل . فنحن نتطلب من أعضاء البرلمان أن يعملوا وفق الرأى العام فى مسائل لا يستطيع الجمهور ولا البرلمان نفسه أن يكون لديه رأى حقيقى فيها . واذا علمنا وفقا لما دلت عليه أبحاث علماء النفس أن الأعمال ذات الطبيعة السياسية هى التى تتطلب اكبر قسط من الذكاء يتبين لنا مدى أهمية الثقافة السياسية لدى الناخبين ليكون اختيارهم على قدر كبير من الصحة[١]. واذا حاولنا أن نجد أساسا علميا لأسباب وجود هذه العيوب التى تشوب عمل هيئة الناخبين فى إختيار أعضاء البرلمان نجدأن قائمة المعارف التى يجب أن يحيط بها الشخص الواعى المتعلم فى الزمن المعاصر هى قائمة طويلة تتضمن الحقائق الأساسية بالنسبة للقضايا السياسية الجارية والحلول البديلة التى ينبغى

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : محاضرات فى اصلاح نظام الانتخاب فى مصر - ص ١٨ ومابعدها .

اتباعها بالنسبة لهذه القضايا المختلفة والنتائج التى يمكن أن تحدث عند اتباع هذه السياسة أو تلك واذا علمنا ان القضايا والمشاكل العامة تأتى فى المرتبة الثالثة أو الرابعة من اهتمامات الحياة بالنسبة للكثرة الجماهيرية فى العالم كله وان مشاركة الجماهير عادة انما تتم بمشاعرها وأحاسيسها اكثر من اشتراكها بتفكيرها وعقلها أى أن سلوك الجماهير بالنسبة للقضايا المختلفة انما سيعتمد على ما غرس فيها من قيم العدالة والشرف بناء على الحقائق التى تعرض عليها[١]. وان انصراف الجماهير عن السياسة وعدم حرصهم على عدم المشاركة فى الحياة السياسية تنصب فقط على بعض الاشكال السياسية التى لم تعد تتواءم مع التطور الاجتماعى كعدم ثقة الافراد فى قدرة البرلمانات على اتخاذ القرارات السياسية السليمة لانها لم تعد مؤهلة فى هذا العصر التكنولوجى ، فلا زالت البرلمانات تضم رجالا لا تتوافر فيهم المعرفة العملية الكافية والتخصص الفنى اللازم لمواجهة لمشكلات الفنية المعقدة التى يثيرها عالم اليوم ، وكذلك عدم ثقة الافراد فى الانتخابات الحرة . وبالتالى الانصراف عنها[٢]. واذا حاولنا أن ننزل الى الواقع العملى لنعرف المؤثرات التى تدفع الناخبين الى انتخاب اعضاء البرلمان نجد أن أهم هذه المؤثرات وأقواها هى الأحزاب .

والحزب السياسى هوتنظيم دائم يتم على المستويين القومى والمحلى ويسعى للحصول على مساندة شعبية يهدف الوصول الى السلطة وممارستها

---

(١) د/ أحمد بدر : الرأى العام طبيعته وتكوينه وقياسه فى السياسة العامة - سنة ١٩٧٧ - ص٢٩٥ .

(٢) د/ عبدالله ناصف : مدى توازن السلطة السياسية مع المسئولية فى الدولة الحديثة - رسالة ١٩٨١ - ص ٢٣٠ .

من أجل تنفيذ سياسة محددة[١].

والاحزاب السياسية هى ضرورة من ضرورات الحياة الديمقراطية ووجودها من طبائع الاشياء طبيعة النفس البشرية وطبيعة الانظمة الديمقراطية النيابية . فحب الانضواء تحت لواء جماعة انما هى نزعة من النزعات البشرية فهى احدى غرائز الإنسان التى جعلت منه اجتماعيا بدل أن يكون انعزاليا وما الحزب الا جماعة من الجماعات المنظمة ومن ثم فالانضمام اليه إنما يكون تلبية لنداء النفس ومن مزايا وجود تنظيمات سياسية شعبية تكوين رأى عام وتنشيط الحياة السياسية ، كما أن وجود حزب معارض يحول دون استبداد الحكومة ، كما انها تربى النواب والسياسيين ، فتعدهم لمباشرة الحياة السياسية ، وعليه كانت الاحزاب السياسية ضرورة من ضرورات الحكم الديمقراطى[٢] واذا كانت للاحزاب هذه الأهمية فى النظام الديمقراطى فما هو حقيقة تأثيرها على قدرة الناخبين على اختيار اعضاء البرلمان ؟

ان الغالب ان تسيطر قلة على الحزب وتسييره (وتلك ظاهرة سنتولى توضيح أسسها فيما بعد) ويميل جمهور الاعضاء الى الانقياد لرأى هذه القلة فمبادئ الحزب لا يمكن ان تعبر تماما عن رأى جمهور الحزب ومؤيديه فى الانتخابات يؤيد ذلك آن انتماء فرد لحزب معين لا يكون نتيجة تفكيره الخاص المستقل المتحرر الا فى الحالات النادرة ، فالفرد قد ينتمى الى حزب ما لأن والديه ينتميان اليه أو لمجرد نفوره من الأحزاب الأخرى أو لاعجابه باحدى فقرات البرنامج الحزبى دون غيرها ، ولذلك فان التصويت

(١) د/ سعاد الشرقاوى : النظم السياسية فى العالم المعاصر - سنة ١٩٨٢ - جـ١ ص ٢٠٢ .
(٢) انظر د/ عبدالحميد متولى : الحريات العامة ١٩٧٣ م - ص ١٣٥ .

لصالح الحزب قد يكون استجابة لأسباب أخرى منها التملق السياسى ومجرد النفور من الحزب الحاكم لا لشئ سوى أنه تولى الحكم مدة طويلة[١] ولهذه العوامل فان الناخب اذ لا يصوت لمرشح وانما يصوت لحزب حتى غدا مشهورا فى بريطانيا قول الناخب لو رشح الحزب خنزيراً لانتخبه كما ذاع فى مصر قبل الثورة أنه لو رشح الوفد حجراً لانتخبناه . هذه لأقوال تؤيد أن الناخب لا يدرس البرامج ولا يزن شخصية المرشح ، ولا رجح بين مرشح وآخر على أساس موضوعى محايد وانما هو يعطى صوته لحزب معين وناخبا هذا شأنه لا تعتبر ناخبا حرا مارس حقه الانتخابى حرية كما ترتب على وجود الاحزاب تغير فى مفهوم فكرة الانتخاب اتها ، فبعد ان كانت هى أساس اختيار المحكومين للحاكم فقدت الفكرة ثيرا من أهميتها ذلك أن الانتخابات العامة يسبقها فى الغالب انتخابات جريها التنظيمات السياسية تعين من خلالها المرشحين ثم يكون دور لانتخابات العامة بمثابة التصديق والموافقة على اختيار هذه التنظيمات .

واذا كان التنظيم السياسى لا يأخذ الانتخاب وسيلة لاختيار مرشحيه اننا نجد القادة والزعماء المسيطرين على مقدرات التنظيم يقومون باختيار ؤلاء المرشحين عن طريق التعيين وبالاضافة إلى ذلك نجد ان الناخب قد نقى وكالتين وكالة من الحزب السياسى ووكالة من الناخبين وبديهى أن عمل حسابا لوكالة الحزب اكثر من وكالة الناخبين اذ الحزب هو الذى قدمه لناخبين وهو الذى عمل حتى استطاع الناخب أن يفوز فصلا عن ان الناخب

---

(١) انظر د/ محمد الشافعى عبدالرؤوف مصيلحى : التنظيمات السياسية الشعبية - رسالة - ص٥ ، وانظر كلسن الديمقراطية - طبيعتها وتنميتها ص٢٠ . ٢٨ ، وانظر د/ محمد طه بدوى- ثورة ٢٣ يوليو - برامجها وفلسفتها - طبعة ١٩٦٦ ص ٢٠٥ وانظر فى الاحزاب السياسية Jupp jones politicel parties London 1968 .

حين أعطى صوته فانما اعطاه بالدرجة الأولى لمبادئ الحزب وبرامجه[١] والملاحظ ان جمهور اعضاء الحزب يقع غالبا تحت تأثير القادة والمديرين فى الحزب الأمر الذى يجعل الاختيار فى جوهره من صنع هؤلاء القاده ولا يعدو دور الاعضاء أن يكون التصديق أو الموافقة على اختيار القادة والزعماء وفى ظل الانتخابات بالقائمة يقلل هذا النظام من حرية الناخب اذ يصعب على الناخب أن يحكم حكما صحيحا مبينا على معرفة وثيقة على المرشحين فى دائرة كبيرة فمتى اتسعت الدائرة وازداد عدد المرشحين لن يكون من السهل معرفتهم جميعا فيضطر الناخب الى اختيار قائمة قد يجهل بعض اشخاصها وبذلك يعد الاختيار الفعلى فى أيدى الأحزاب السياسية التى تضع قوائم المرشحين لا فى ايدى الناخبين[٢].

ولقد كانت الملاحظة هذه التأثيرات المختلفة على أرادة الناخبين أثرها فى شد الانتباه الى النظر عمليا الى ذلك المبدأ الذى ساد طويلا عن سيادة البرلمان أو ان المعبر عن ارادة الامة فذهب الفقهاء الى أن القول بأ البرلمان يعبر عن رادة الأمة هو قول غير حقيقى فالبرلمان بأجمعه لا يمثل سوى أقلية من الناخبين وذلك اذا اسقطنا من حسابنا عدد الغائبين من الناخبين ويبلغ عددهم عادة فى أغلب البلاد نحو نصف عدد الناخبين فاذا أضفنا اليهم عدد الأصوات الفاشلة الى تلك التى اعطيت لمن لم ينجحوا فى البرلمان يكون مجموع أصوات هاتين الطائفتين هو أغلبية الاصوات واذا علمنا ان هيئة الناخبين تكون جزءا ضئيلاً من مجموع السكان فنسبة عدد الناخبين الى عدد السكان فى فرنسا كانت فى أول دساتير فرنسا ٥و١٦٪ وقد

(١) د/ عبدالرؤوف مصليحى – المرجع السابق – ص ٣٢٨ .

(٢) د/ عبدالرؤوف مصيلحى – المرجع السابق – ص ٣٢٩ .

كانت هذه النسبة قبل الحرب العالمية الاخيره ٢٩٪ وفى انجلترا كان نسبة الناخبين الى عدد السكان بعد الاصلاح الانتخابى سنة ١٩١٨ ١:٣ فالبرلمان بأجمعه لا يمثل سوى أقلية من الناخبين فأية اقليه ضئيلة يمثلها اذا مجرد أغلبية عدد الاعضاء الحاضرين بالمجلس وهى الأغلبية التى تصدر بها كقاعدة عامة قرارات المجلس[1] والباحث فى النظريات التى تحاول تكييف العلاقة بين النائب وناخبيه يجد أن جميع النظريات تتفق فى شئ واحد هو أن لتمثيل النيابى لارادة الشعب مستحيل قانونا والتطور التاريخى للنظام المسمى تمثيلا نيابيا لا يقدم دليلا واحدا على انه فى أية مرحلة من مراحله كان يمثل الشعب أو حتى الناخبين ففى الواقع فان التجربة التاريخية تجعل من المستحيل القول بأن الشعب يحكم نفسه بواسطة ممثله وتمثيل ارادة الشعب أو النيابة عنه انما تكون أداة ديمقراطية أو غير ديمقراطية [illegible] يتمتع به الشعب فى أى مجتمع من حرية فى استخدام تلك الاداه فى تحقيق ما يريده هو أو اغلبيته لا ما يريده النواب .

فالنواب ليسوا الا موظفى التشريع والرقابة على السلطة التنفيذية وما الناخبون الا هؤلاء القله من الشعب مهما كثروا الذى يكون اختيارهم للمرشح أحد شروط - وليس كل - صلاحيته لتولى وظيفة التشريع وفي بعض الاوقات أحد شروط الصلاحية لتولى وظائف اخرى غير تشريعية كما هو الحال فى الدول التى تأخذ بنظام انتخاب رئيس الجمهورية أو انتخاب القضاه ونظام الانتخاب قائم كأداة فى كل هيئة اجتماعية لاختيار مديريها

(١) د/ عبدالحميد متولى : القانون الدستورى والانظمة السياسية - سنة ١٩٦٧ ص ١٢٥ ، وانظر نظم الحكم والسياسة فى الولايات المتحدة - هارولد فرانك وآخرين سنة ١٩٥٨ حيث ذكر أن نسبة الناخبين تصل فى بعض الاحيان ٥٥٪ .

وعليه فنظام الانتخاب نفسه ليس من شأنه اضفاء وصف الممثل لارادة الشعب[١] اننا نعيش على مفهوم زائف للديمقراطية صاغها رجال القانون على اساس الافكار الفلسفية التى كانت سائدة فى القرن الثامن عشر حكم الشعب بالشعب حكم الشعب عن طريق ممثليه ان هذا كلام جميل لاثارة الحماس وصياغة الخطب الرنانه كلام جميل ولكنه فارغ لم يوجد قط شعب حكم نفسه ولن يوجد أبدا ان ارادة الشعوب لا تقبل القيود[٢] وعليه فالقوانين ليست تعبيرا عن الارادة العامة والنتجية المترتبة على تقديس القانون باعتباره التعبير عن ارادة الامة هى نتيجة قائمة على المجاز والحقائق هى التى يبنى عليها القانون لا المجاز[٣] وترتب على انهيار هذا المفهوم عن سيادة البرلمان أو عن تعبيره عن ارادة الأمة ان اصبح استبداد البرلمانات أمرا ممكنا بل هوأمر قد حدث تاريخيا فلا يقيدنا القول ان الهيئة التشريعية تتكون من مائة وثلاثة وسبعون نائبا يصعب ان يتجه جميعهم الي الاستبداد فهذه حجة واهية اذ السلطان يغرى وظلم مائة وثلاثة وسبعون شخصا هوعين الظلم التى يقع من شخص واحد وليذكر هؤلاء القائلون بذلك ان اختيارنا لنوابنا لا يعفينا من استبدادهم اذ تقف مهمتنا عند باب المجلس حيث تبدأ أعمالهم التى ما خطرت لنا ببال أثناء اختيارنا لهم[٤] وعليه فانه ليس هناك تلازم بين النظام النيابى والنظام الديمقراطى فالأغلبية خاصة اذا كان جهازها الوحيد هو المجالس النيابية قد تميل الى ان تصبح جائرة[١] وباستقراء التاريخ نجد أن استبداد البرلمان حقيقة تاريخيه حدثت

---

(١) د/ عصمت سيف الدولة : التمثيل النيابى ومشكلة الديمقراطية - ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق - ص ١٦٣ .

(٣) د/ على الباز : الرقابة على دستورية القوانين فى مصر - ص ٧٠١ .

(٤) هاملتن وماديسون وجاى الدولة الاتحادية - أسسها ودستورها ١٩٥٩ ص ٤٦ .

في مختلف العصور[٢] فأي سلطة في الدولة ولو كانت السلطة التشريعية يمكنأن تستبد اذا توافرت لها الظروف المساعدة على ذلك الاستبداد ولو كان نظام هذه الدولة ديمقراطيا قائما على اساس المبادئ الدستورية العامة للديمقراطية فالاعتقاد ببداهة المبادئ الدستورية والطبيعة الطيبه للإنسان لاحترام هذه المبادئ اعتقاد يرجع الى تفاؤل تكذبه الحوادث[٣] والرأى القائل انه حين يخار المواطن ممثليه فى البرلمان فانه يمكن أن يطمئن الى ان حاجاته قد عرفت ومصالحه مصدقه هذا الرأى لا يستند الى الادلة الكافية التى تسنده[٤].

وهكذا كانت عملية الانتخاب فى حقيقتها ليست مبرأة من العيوب التى قد تؤدى الى وصول غير المؤهلين الى البرلمان ومن ثم قيامهم بوظيفة التشريع فالتشكيل غير الصحيح للهيئة البرلمانية - بوجود غير المؤهلين فى البرلمان - يؤثر بالتأكيد فيما تصدره الهيئة من قرارات فقد تلقى قوانينا صالحة أو تسن قوانينا رديئة فهذه الاموروضمن أخطار الحكومة النيابية التى تنشأ عن تشكيل الهيئة النيابية التمثيلى بصورة لا تضمن صحة التناسب بين الذكاء والفرصة فى دخول البرلمان[٥]. وبعد أن عرضنا للعوامل التى تؤثر على الناخب فى اختياره للمثليه نأتى إلى تلك العوامل التى تتعلق بالتأثير على عضو البرلمان ذاته فى مباشرته لعمله التشريعى ونجد ان أهم هذه المؤشرات أيضا هى الاحزاب ولكن توجد مؤثرات أخرى غيرها على التوضيح التالى .

---

(١) الدولة الاتحادية - المرجع السابق - ص ٨٠ .
(٢) انظر دكتور عبدالحميد متولى : أزمة الانظمة الديمقراطية - ص ٣٩ .
(٣) مارسيل بريلو : النظم السياسية والقانون الدستورى ١٩٦١ - ص ٢٠٦ .
(٤) هارولد لاسكى : الحرية فى الدولة الحديثة ص ٣١٠ .
(٥) جون استيوارث مل : الحكومة البرلمانية ص ١٢٢ .

الفرع الثانى

النظام الحزبى وأثره فى عمل البرلمان

أشرنا فيماسبق الى تأثير سيطرة الاقلية على الاحزاب وهذه السيطرة امر طبيعى وفقا للمبدأ القائل أن الهيئة كثيرة العدد تكون أقل كفاءة سواء لادارة اعمال التشريع أو للإدارة نفسها[١] أى أنه تسيطر على الحزب أقلية من أعضائه وفى بعض الاحيان فرد واحد أو افراد معدودين فكلما زاد أعضاء الحزب كلما سلس للأقلية قيادته ولئن تضمنت قوانين الاحزاب ولوائحها ضرورة خضوع قادة الحزب وزعمائه لرقابة الاعضاء فإن هذه الرقابة فى واقعها نظرية وكلما كبر الحزب كانت الرقابة صورية فالتنظيم ينزع دائما نحو الا وليجارشيه أى سيطرة القلة وتعليل ذلك مختلف فيه فالبعض يرجع هذه الظاهرة لأسباب فنية مؤداها أنه فى كل منظمة يسند العمل إلى أفراد يخضعون معظم وقتهم أو كله لشئون المنظمة ويصحبون بذلك زعماء محترفين أما كتله الاعضاء فلا تملك الا أن تقول لا أو نعم بوحى من هؤلاء الزعماء المتفرغين ويرجع البعض ذلك الى الحاجة التى يستشعرها اعضاء المنظمة الكبيرة لمن يوجههم وتقديرهم لمن يرعى شئونهم ويهيمن على مصالحهم ويمضى الوقت يشعر هؤلاء الزعماء بأنه لا غنى للجماعة عنهم[٢] ويحاول كل حزب أن يضفى الشرعية على سلطة القادة والزعماء الا أن السمة الغالبة داخل الحزب هو سيادة الفهم الأوتوقراطى ذلك أن من شأن اعتناق النهج الديمقراطى أى اتباع وسيلة الانتخاب فى

(١) جون استيوارث مل : المرجع السابق - ص ١٠٦ .

(٢) د/ مصيلحى رامى : المرجع السابق - ص ١٩ ، وانظر د/ عبدالحميد متولى - أزمة الانظمه الديمقراطية ص ٢٢ .

تأليف هيئات الحزب على كافة المستويات من القمة الى القاعدة حدوث تغيرات كبيرة وفى أوقات متقاربة فى هيئات الحزب وزعمائه مما لا يتيح الفرصة لهذه الهيئات لتقوية مركزها ووضع الخطط الكفيلة بتحقيق اهداف الحزب مما يعنى إضعاف سلطة الحزب ولا يكون مثل هذه الحزب من القوة بحيث يستطيع أن يخوض الانتخابات ليحرز نصرا فيها والنهج الأوتوقراطى يتيح للسلطة فى الأحزاب أن تثبت وتستقر بما يمكنها من دخول معركتها الانتخابية وتحقيق النصر فيها الذى هو هدف الحزب الاساسى وعليه كان على الاحزاب أن تأخذ بالمنهج الاوتوقراطى مضحية بالمذهب الديمقراطى فى سبيل تحقيق هدفها فاذا تم اختيار هيئات الحزب عن طريق الانتخابات فان هذه الهيئات تميل الى الاستمرار ذلك أن المعارضين لا يكونون تنظيما ولا يسمح لهم بذلك واذا كثر المعارضين في الحزب فلهم ان ينشقوا عنه ويكونوا حزبا جديدا وعليه فالاحزاب السياسية بوجه عام تأخذ بالاتجاه الاتوقراطى الا انها تتفاوت فى درجات الأخذ به طبقا لكثير من العوامل كالتكوين الاجتماعى للحزب وقوة الاحساس والشعور بالديمقراطية فى الحزب[١].

ويؤيد هذا الواقع أن جماهير الناخبين تميل الى اعادة انتخاب القادة القائمين وترتاب فى الوجوه الجديدة ولا تمنحهم ثقتها بسهولة مما يعنى أن هؤلاء القادة أو المديرين المكونون للقلة فى الحزب يزيد سلطانهم ويتدعم مركزهم[٢]. وسلطات قادة الحزب في التنظيمات السياسية تتسم بصفتين : الأولى اتجاه هذه السلطة نحو السمو والزيادة والثانية الاتجاه نحو شخصية

---

(١) موريس دوفرجيه : الاحزاب السياسية ط ١٦ باريس سنة ١٩٦٧ ص ٦٠ .

(٢) موريس دوفرجيه : المرجع السابق - ص ١٨٤ .

هذه السلطة بمعنى تركيزها فى أيدى اشخاص قادة الحزب والزعماء بشكل ديكتاتورى استبدادى مطلق واتساع السلطة فى الحزب مردها الي وجوب فرض الطاعة فيه مما يجعل الطاعة تسير سيرا مضطردا مع هذه السلطات فكلما زادت السلطات نكثف فرض الطاعة فزيادة العدد وتضخم العضوية فى الحزب تجعل الطاعة لازمة لاستمرار كيان الحزب فالفوضى خطر على حياة الجماعة ويترتب على فرض الطاعة التجانس الحزبى وأساس فكرة شخصية السلطة فى الحزب أن الحزب يبدأ بفكرة فى رأس مفكر أو سياسى يدعو الها فيلتف حوله المؤمنون بدعوته فمن الطبيعى أن تكون السلطة فى هذه الجماعة مركزه في يد هذا الزعيم بما يمكن القول معه ان السلطة فى الاحزاب السياسية تبدأ سلطة شخصية ويعتبر التطور من السلطة الشخصية الى سلطة المؤسسات ثم إلى السلطة الشخصية مرة أخرى تطورا عاما لاتجاه السلطة لا يقتصر على الاحزب السياسية وحدها بل يمتد الي كافة الجماعات وعلى رأسها الدولة[١]. وبهذا التحليل نتبين مدى سيطرة القلة وفى كثير من الاحيان فرد واحد على الحزب وان هذه السيطرة تبررها مسائل فنية تتعلق بطبيعة تكوين الحزب وأهدافه بما لا يمكن معه تصور تخلف هذه السمات اللاصقة بالاحزاب والذى يهمنا ابرازه اثرهذه السيطرة التى للقلة علي انصار الحزب فى البرلمان والواقع يظهر أن عضو البرلمان يفضل المصالح الحزبية على الصالح العام نظرا لأن الاحزاب نفسها تميل الى تغليب مصالحها الخاصة على المصالح العامة فعضو البرلمان قد يوافق على القانون دون دراسته أو حتى النظر فيه وقد يكون معارضا فيه فيما مضى وفى قراره نفسه لا يريد أن يقره ومع ذلك يسارع بابداء الرأى بالموافقة

---

(١) موريس دوفرجيه : المرجع السابق - من ص ١٦٥ إلى ص ١٩٩ .

لارضاء الحزب أو للكيد لخصمه فالمسألة ليست مبادئ وبرامج ولكنها مؤسسات وأجهزة ضخمة اسمها الاحزاب وسلطان الاحزاب على النواب أشد وأقسى من سلطانها على الأعضاء فى الحزب فالحزب يفرض رأيه على النائب فرضا لايترك له معه أى فرصة للاختيار ولا يستطيع النائب أن يصوت الا فيما يتفق ورأي الحزب وتعتبر المناقشات والخطب التى تلقى فى البرلمان غير ذات جدوى اذ أن القوانين والقرارات بحثت سلفا فى اجتماعات الحزب واتخذ بشأنها القرار بالموافقة أو الرفض وقد عبر عن ذلك نائب بريطانى بقوله فقد سمعت فى مجلس العموم كثيرا من الخطب التى غيرت رأيى ولكن لم اسمع خطبة واحدة غيرت صوتى[١] واذا كان هذا هو الحال فى النظم الديمقراطية التى تأخذ بتعدد الاحزاب فإن الحديث عن الدول الآخذه بنظام الحزب الواحد أو الحزب المسيطر من حيث تأثير هذا الحزب على أعضائه فى البرلمان حديثا لا مجال له ذلك انه فى مثل هذه النظم نظم الحزب الواحد أو الحزب المسيطر يتمتع هذا الحزب بأغلبية برلمانية ساحقة وغالبا ما يكون رئيسه هو رئيس الدولة ويظل من ثم فى السلطة مددا طويلة مرتبطا ببقاء رئيس الدولة فى السلطة وتكون الاحزاب الاخرى هزيلة لا تأثير لها ولا تتمتع باستغلال فعلى وتلعب دور الواجهه للايحاء فقط ان هناك تعدد احزاب . وبذلك يكون النظام فى حقيقته نظام الحزب الواحد ولا تقتصر الصورية على مبدأ تولى البرلمان للسطة التشريعية بل يمتد الى جميع مظاهر الديمقراطية الزائفة التى تسود هذه الدولة فالنص فى الدستور

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : أزمة الانظمة الديمقراطية ص ٤٠ ، وانظر فى أسباب تفضيل الاحزاب لصلحتها الخاصة على المصلحة القومية د/ مصليحى رامى - المرجع السابق ص ٧٢ حيث يرجع هذا الامر الى طبيعة الصراع للوصول الى السلطة وطبيعة الصراع انه لا يتضح فيه الرؤية الصحيحة للأمور .

على ثنائية السلطة التنفيذية وعلى استغلال السلطة القضائية أن هو الا من قبيل الواجهات الديمقراطية للتباهى أمام العالم بوجود فصل بين السلطات وقيام الديمقراطية ويكون وجود البرلمان من ثم شكليا[١] وواقع الحزب الواحد الذى يتحكم فيه فرد واحد هو رئيس الدولة يظهر فيه تشخيص السلطة أى أن يمثل شخص هو عادة الزعيم السلطة وترتبط وتتحرك به وهى ظاهرة شائعة تسود فى العالم الديمقراطى والعالم الثالث إلا انها فى الأخيرة أظهر وأخطر نظرا لأن وجود مؤسسات قوية فى الدول الديمقراطية يحد من آثارها اما الدول الآخذة بنظام الحزب الواحد فليس هناك ثمة مؤسسات تستطيع الوقوف فى وجه رئيس الدولة وتقترب ظاهرة تشخيص السلطة فى العالم الثالث من ظاهرة أخرى هى السلطة الشخصية التى تعنى تركيز الاختصاصات فى يد شخص واحد وهو غالبا رئيس الدولة الذى تحرص الدساتير على تجميع أغلب السلطات فى يده وأهم هذه السلطات انه رئيس الحزب ورئيس الدولة ورئيس السلطة التنفيذية[٢]. وعليه فان عضو البرلمان فى هذه الدول لا يستطيع أن يخالف لشخص زعيم الحزب أية أوامر أو يتمرد على بعض القوانين ليس فقط لإلتزامه الحزبى لكن لان خروجه على الحزب ولو كان فى بعض مواقف فى البرلمان يعرضه ليس فقط لعدم اعادة ترشيحه للبرلمان بل لاسقاط العضوية عنه لانه كثيرا ما تربط هذه النظم بين العضوية فى البرلمان وعضوية الحزب ولهذا لا يتصور خروجه عما

---

١) د/ عبدالله ناصف : المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

٢) انظر فى ظاهرة تشخيص السلطة والسلطة الشخصية د/ سعاد الشرقاوى - النظم السياسية - المرجع السابق ص ١٢١ .

وانظر فى تشخيص السلطة أيضا دوفرجيه النظم السياسية والقانون الدستورى ١٩٧٨ ص ٤٢٣ وانظر السلطات الكبيرة لرئيس الدولة فى دول العالم الثالث د/ عبدالله ناصف - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

يريده زعيم الحزب وفي ظل هذه النظم يمكن تصور أن القانون انما هو معبر عن ارادة شخص واحد وبهذا نخلص الى أن نظام التصويت على القوانين ليست مسألة جماعية بالصورة التى تبدو فيها لأول وهلة فالقانون اصلا من صنع الحزب صاحب الاغلبية فى البرلمان والحزب نفسه يخضع فى النهاية الى قلة أو الى فرد واحد وبهذا يمكن فإن الحديث عن غايات ومقاصد مصدر القانون لا يكون مجازا ولهذا فان القول بأن مشروع القانون يصبح بعد تقديمه من عضو البرلمان أو الحكومة منبت الصلة بمن قدمه وبعد الموافقة عليه يرجع الي البرلمان ككل هو قول غير صحيح ذلك أن تحليلنا السابق يوضح ان القانون الموافق عليه من قبل رئيس الحزب أو القلة المسيطرة عليه سيأخذ طريقه الى الصدور دون عقبات ومن هنا يظهر أن عملية اصدار التشريع اكثر شخصية مما تبدو عليه لأول وهلة واذا كان العامل البشرى هو المهيمن على صدور القانون فيمكننا أن نتصور انحراف هذه الارادة البشرية عن الصالح العام . ومن العوامل الهامة التى تؤثر على عمل البرلمان دور جماعات الضغط فى اصدار القوانين .

وجماعات الضغط هى جماعات تتكون داخل الدولة ولها مصالح سياسية وبعضها قد يكون جماعات مبادئ ولكن الغالبية منها جماعات مصالح ولها صفة الدوام ومن هذه الجماعات جماعات الضغط ذات الاهداف الإنسانية ولا يظهر لها اى ضغط الا حين تعرض للمناقشة قوانين تمس أوجه نشاطها ولكن تضغط على السلطة الحاكمة لتحقق المصلحة التى حددتها فالحزب السياسى يهدف الى الوصول الى السلطة والاشتراك فيها اما جماعات الضغط فلا تهدف الي ذلك دائما فهى جماعات لها أهداف ومصالح قد تستخدم فى الوصول إليها أو تحقيقها أهداف سياسية ولكن

لاتهدف ابدا الى الوصول الى السلطة وحين تستهدف جماعة الضغط ذلك فانها تعتبر حزبا سياسيا[١] وجماعات الضغط وان كانت تمارس ضغطا على جميع سلطات الدولة العامة إلا أن تأثيرها الاكبر هو في مواجهة السلطة التشريعية حيث تباشر ضغطها للوصول الى اصدار قانون أو لمنع اصدار قانون معين ولا شك فى أن الاتصال باعضاء البرلمان يعتبر وسيلة هامة للضغط وتحقيق أهداف الجماعة ومصالحها ويتم الاتصال قبل إجراء الانتخابات كما يتم بعد اعلان نتيجة الانتخابات ومعرفة الفائزين وهذه الاتصالات قد تمثل خطرا على استقلال اعضاء البرلمان وقد تحجب عنهم رؤية المصلحة العامة فى سبيل اشباع حاجات ومصالح جماعات الضغط ولذا خرجت بعض النظم على النص على بعض الضمانات التى تكفل استقلال البرلمان وتحرر اعضائه من الضغوط ومن أهم هذه الضمانات النص على عدم امكان الجمع بين عضوية البرلمان وتولى منصب آخر وتستخدم جماعات الضغط المفاوضات وتثير الحجج لاقناع الموظفين واعضاء البرلمان حتى تصل الى تحقيق أهدافها والمفاوضات منها الرسمى وغير الرسمى ومن الوسائل الفعالة التى تستخدمها هذه الجماعات دفع الاموال للموظفين واعضاء البرلمان لتحقيق مصالحها[٢] وبالاضافة الى الوسائل المباشرة للتأثير على اعضاء البرلمان فان هناك الوسائل الغير مباشرة ايضا والمتمثلة

---

(١) انظر فى جماعات الضغط د/ محمود خيرى عيسى - الديمقراطية وجماعات الضغط مجلة العلوم السياسية - يناير سنة ١٩٦٣ ص ٩٩ ، وانظر د/ الشرقاوى - المرجع السابق - ص ٢٤٤ .

وانظر هوريو - مطول علوم السياسية جـ١ ص ٢١١ ، وانظر د/ أحمد بدر - المرجع السابق - ص٢٦٠ ، وانظر دوفرجيه - المرجع السابق - النظم السياسية ص ٢٥٨ .

(٢) د/ سعاد الشرقاوى : فى مقالها بالفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٧٣ - العدد الثالث سنة ٤٣ ص ١ : ٥١ .

فى السيطرة على وسائل الاعلام واستخدامها والخطابات والالتماسات والبرقيات وكما هو جدير بالذكر فان جماعات الضغط اصبحت جزء لا يتجزأ فى النظام الامريكى فحكومة الولايات المتحدة قد تجد صعوبة كبيرة فى تأدية عملها اذا توقف نشاط هذه الجماعات فالكونجرس ومشرعوا الولايات المتحدة يعتمدون على ممثلى هذه الجماعات لمدهم بقدر واف من المعلومات والخدمات الارشادية كأساس لاصدار التشريع[١] والواقع ان هذه الضغوط على أعضاء البرلمان فى ادائهم لاعمالهم هو أمر مغرض نظرا لحاجة الجماعات الى عرض وجهة نظرها فى القوانين التى قد تمس مصالحها وهذه الظاهرة تؤدى الى القول ان هذه الجماعات وتعددها فى الدولة الحديثة تعتبر من اسباب عزوف الناخبين عن الادلاء باصواتهم لان البرلمانات والاحزاب لم تعد هى الجهة الوحيدة التى تضع البرامج السياسية أو توجه الحياة السياسية بل ان الاوساط التى توضع فيها السياسات اليوم اصبحت تمتد الى مختلف القوى الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التى تقوم سواء فى شكل اندية أو نقابات وتمارس ضغوطها مما جعل الانتماء الى هذه الاشكال غير المخصصة اصلا للعمل السياسى وسيلة لتحقيق مصالح أعضائها .

ومن هنا ضعف الاقبال السياسى للناخبين عن المشاركة الفعالة فى الحياة السياسية من خلال القنوات السياسية الشرعية التمثيل فى البرلمان والاحزاب لوجود هذه الجهات وكان لتأثير هذه الجماعات الضاغطة سببا فى التساؤل عمن يملك السلطة من الناخبين من الناحية الفعلية فى المجتمعات الحديثة[٢] .

(١) جماعات الضغط أمام الكونجرس أهرنج بروكنج ١٩٢٩ .
(٢) د/ سعاد الشرقاوى : المرجع السابق - ص ٢٦١ .

الفرع الثالث

دور اللجان البرلمانية

فى السيطرة على مشروعات القوانين

نظرا لما أوردناه سابقا ان الهيئة الكثيرة العدد تكون أقل كفاءة سواء لادارة اعمال التشريع أو للادارة نفسها مما يؤدى الى سيطرة القلة على أعمال الهيئات كثيرة العدد وتحقق ذلك فى نظام الاحزاب فانه يتحقق الان فى ضوء عمل السلطة التشريعية ذاتها وذلك عندما تبحث عن عمل اللجان البرلمانية .

واللجان البرلمانية هى اللجان المختصة بفحص مشروعات القوانين ودراستها وتقديم تقرير عنها كما تختص باعداد مشروعات القوانين ليتسنى للبرلمان الاقتراع عليها واذا تم انتخاب هذه اللجان بطريقة سليمة فان تسع حالات من عشر تقرر هذه اللجان عمل المجلس وبالتالى سير القوانين ذاتها[١] ولأهمية هذه اللجان تولى بعض الدساتير اللوائح الداخلية للبرلمان اهتماما كبيرا من حيث كيفية تشكيلها وضمانات التصويت بها[٢] .

واللجان هى المصنع الذى تخرج منه القوانين فإذا لم يخرج مشروع القانون من اللجنة فقد انتهى وهكذا تكون السيطرة للجان وتكون عضوية اللجنة مرهونة برضاء رئيسها ثم أن سير اللجنة مرهون بارادة رئيسها ولذا يظهر بوضوح ان الحياة السياسية فى الولايات المتحدة يسيرها رؤساء هذه

---

(١) انظر نظم الحكم والسياسة - ترجمة محمد عبدالمعز نصر ص ١٩٩ .

(٢) انظر فى هذا الشأن اللائحة الداخلية للجمعية الوطنية الفرنسية التى وافقت عليها بجلسة ١٩٥٩/٦/٣ والمادة ٣٩ منها والمادة ٤٣ من الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ واللائحة اللائحية المادة ٤٢ المادة ٤٦ .

اللجان وكان لهذا القول اثره فى الا تكون الاحزاب وحدها هى مصدر الضغط على البرلمانيين بل ان فى ظهور اللجان وادائها لوظائفها ادى الى ان البرلمانيون فى النظام الامريكى لا يسيطرون على الاحزاب ولا يصرفون أمورها ولا يلعبون دورا فى توجيهها وذلك لوجود نظام اللجان التى تقع تحت سيطرة رؤسائها فى الكونجرس لا تحت سيطرة رؤساء الاحزاب ولهذا فان القول بأن مركز القوة التشريعية ليس فى مجلس النواب أو مجلس الشيوخ بأكمله وانما هو فى لجانها الدائمة هو قول يصادف واقعاً صحيحا فجميع التشريعات مع بعض استثناءات قليلة يجب أن تمر من خلال هذه اللجان قبل ان تعرض على اى من المجلسين حقا ان أي من المجلسين لا يوافق على كل ما تحيله اليه اللجان الدائمة ولكن من ناحية أخرى لا يعتد اى من المجلسين باقتراح من الاقتراحات ما لم يكن وراءه لجنة من اللجان تؤيده واذا نزلنا قليلا الى مجال عمل هذه اللجان نجد ان رؤساء مجلس النواب احيانا يستخدمون سلطاتهم فى احالة مشروعات القوانين كوسيلة للسيطرة على سير هذه المشروعات فاذا عرف أن لجنة معينة لا تؤيد مشروع القانون فانه يعمل على إحالة المشروع اليها ولو لم تكن مختصة أصلا بنظر هذا المشروع وبالعكس من ذلك إذا كان رئيس المجلس متحمسا للمشروع وكانت اللجنة الدائمة الواجب احالة المشروع اليها غير مؤيده له فمن المعتاد أن يعمد الرئيس الى احالة المشروع الى لجنة تؤيده غير أن الاحالة الى اللجان فى مجلس الشيوخ تتم بطريقة أكثر تلقائية ويظهر تأثير اللجان أيضا فى أن رؤسائها قد يدرسون الاتجاهات الخاصة لاعضاء الكونجرس ويصوغوا المقترحات صياغة تؤكد ملائمته وذلك بعد معرفة الاتجاهات

السائدة عن اكثر الاعضاء أو بصياغته بطريقة تجعل العضو وفقا لمواهبة ومبادئه لا يستطيع أن يرفضه[١] .

وهكذا تتراوح المؤسسات الاكثر تأثيرا على اتجاه اعضاء البرلمان وآرائهم بين الاحزاب من ناحية واللجان البرلمانية من ناحية أخرى والاغلبية الحزبية في البرلمان لابد ان تنعكس على ذات الاغلبية في لجان البرلمان المنتخبة مما يجعل التوافق بين الاتجاهات الحزبية واتجاهات اللجان قائما عدا تلك الصورة الموجودة في لجان الكونجرس الامريكي التي تجعل السيطرة لرؤساء اللجان ولو كانوا غير حزبيين إلا أن سيطرة الحزب بعد ذلك تكمن في التصويت على القانون ذاته .

---

(١) انظر في [illegible] [illegible] بيجان في الولايات المتحدة - نظام الحكم والسياسة - المرجع السابق - ص ٢٦٥ وما بعدها ، انظر د/ مصيلحي رامي ص ١٨٢ - المرجع السابق .

الفرع الرابع

السلطة التنفيذية وتدخلها فى عمل البرلمان

كان لتزايد دور السلطة التنفيذية اثره البالغ على تدهور دور البرلمان فى علاقته بالسلطة التنفيذية فلم تعد العلاقة بينهما هى علاقة التوازن المطلوب فالاتساع المتزايد فى مجالات السلطة والمركزية السياسية وتضخم اختصاصات السلطة التنفيذية على حساب البرلمان نتيجة مشاكل الدفاع والحفاظ على حياة المواطنين والنزوع نحو الاشتراكية والوسائل الحديثة للتحليل والاعلام والرقابة على الرأى وهى الوسائل الموجودة فى متناول السلطة التنفيذية وهو ما لا يتوافر للبرلمان أولا يسهل عليه استخدامه بالاضافة الى سبب هام وهو ان نشاط السلطة التنفيذية يتسم بطابع فنى معقد يصعب على البرلمانيين التصدى له اذ لا يتوافر لاعضاء البرلمان المعرفة العملية الكافية والتخصص الفنى اللازم الذى يمكنهم من فهم المشكلات الفنية المعقدة التى يثيرها عالم اليوم ووضع الحلول لها مما اصاب البرلمانات بالشلل وحولها الى جهات استشارية ومن الناحية العملية فان الحكومة والأغلبية البرلمانية هما المهيمنان على نشاط البرلمانات وازاء تشعب المرافق العامة وانتقال الدولة الى ادارة المرافق الاقتصادية بعد ان كانت تقصر نشاطها على المرافق التقليدية كان من الصعب على عضو البرلمان ان يلحق بهذا التطور الذى يحتاج الى تعليم خاص لا يتوافر الا للقلة وعلى ذلك تدخلت الدولة باقتراح القوانين التى تتناسب مع الاوضاع الجديدة واصبح على عضو البرلمان ان يناقش فقط الصياغة القانونية المقدمة وقد يطلب تعديلا جزريا أو سطحيا ولفظيا يأتيه من وحى الخاطر أو نتيجة

دراسة متأنية أو خبرة قديمة فى المسألة المعروضة ولكن المجلس لا يقره عل هذا التعديل بل وصل الامر فى فرنسا الى ما اسماه البعض اليه التشريع ومؤداه ان يعرض التشريع على المجلس ويجب قبوله أو رفضه كليه د حدوث تعديل به[1] وعليه اصبحت مشروعات القوانين التى يقرها البرل ٩٠٪ منها اصلها حكومى أي مقدم من الحكومة و١٠٪ فقط مقترحا برلمانية وبالرغم من ان هذا الرأى مبالغ فى آلية الوظيفة التشريعية وذا ن مشروعات القوانين تعرض على لجنة خاصة وفى ذات الوقت للاعض الحكومة حق تعديل هذه المشروعات ولكن بعد ذلك فان الحكومة لها ان تعترض على أية تعديلات ويمكن القول ان فى هذا انقاصا للوظيفة التشريعية فى شكلها التقليدى ويمكن القول أيضا ان هذا قلبا لفكرة التشريع فى صورتها التقليدية يهدف الى الحد من دور البرلمان[2] وهكذا كان سلطة التشريع اصبحت بين يدى الحكومة لان البرلمان لا يضع القانون وانما يصوت فى عجاله على نصوص حررتها سلفا لجان فنية ولما كانت البرلمانات لا تهتم بالمبادرة فانها تكتفى بمجرد الاهتمام بالتعديلات وبذلك ينحصر النشاط التشريعى للنواب فى التعديلات المتعلقة بالتفاصيل بدلا من رسم اطار عام للسياسة[3].

وهذا ما دعا البرلمانيين الفرنسيين الى تقديم إحتجاج انتقدوا فيه

---

(١) regime parlementaire dans le monde modern 1944 p 95 .

وانظر فى عوامل تدهور دور السلطة التشريعية فى مواجهة السلطة التنفيذية د/ عبد .. ناصف - المرجع السابق - ص ٢٢ ، وانظر الرقابة السياسية على اعمال السلطة التنفيذية . النظام البرلمانى د/ بهية زكى سلام ص ٢٠٠ .

(٢) موريس دوفرجيه : النظم السياسية جـ١ ١٩٧٠ ص ٧٨٣ .

(٣) د/ عبدالله ... : ... ١٩٨١-

الحواجز التى توضع امام مقترحات القوانين يتقدموا بها تلك الحواجز التى لا تسمح الا بمرور مشروعات قوانين معينة مما يدل على مغزى معين وانتقدوا كذلك ميل الحكومة الى التشريع فى كل المجالات والى إساءة استعمال الحكومة لحقها فى استعجال نظر مشروعات القوانين التى تكون الادارة قد اعدتها وانتهى الاحتجاج بالقول بأن كل شيئ يسير كما لو كانت هناك هياكل تكنوقراطية تهدف الى محاصرة البرلمان وقصر وظيفته على مجرد التسجيل وشل قدرته على المبادرة والتفكير والتعبير عن ارادة الامة[١] .

ولقد عبر احد كبار الفقهاء الامريكيين عن جميع هذه العوامل التى تؤثر فى عمل الكونجرس وكان ذلك بصدد دفاعه عن دور المحكمة العليا الامريكية فذهب الى ان فهم النظام الامريكى وحقيقة الوظيفة السياسية للهيئات المختلفة به يحتاج الى طرح الشعارات جانبا وخصوصا تلك التى تسرف فى التبسيط حتى تصور الكونجرس بأنه الهيئة الديمقراطية المعبرة عن الارادة الشعبية . ان الفصل فى ديمقراطية أو عدم ديمقراطية النشاط القضائى والرقابة أى الرقابة على دستورية القوانين يحتاج الى تحديد حقيقة الديمقراطية فى النظام الديمقراطى والى نظرة اليه اكثر واقعية واشد نفاذا الى دوافع المصالح المتضاربة فى المجتمع فالكونجرس لا يعمل بصفة جماعية ويقرر بصفة جماعية محاولا فى أى موضوع يتصدى له ان يعبر بامانة عن الارادة الشعبية فالعمل الرئيسى فى الكونجرس انما يتم داخل اللجان المختلفة ومعلوم ان نظام الاقدمية داخل الكونجرس وما له من أثر حاسم فى اختيار مقررى اللجان واعضائها يجعل من هذه اللجان فى النهاية

---

(١) د/ عبدالله ناصف : المرجع السابق – ص ٢١٩ نقلا عن لاموند فى ١٤ يوليو سنة ١٩٧١ .

هيئات شبه مستقلة ذوات ارادة منفصلة عن ارادة الكونجرس في مجموعه ويضاعف من تعقيد هذه الصورة ما تقوم به جماعات الضغط من محاوله التأثير في الاروقه فهذه العملية ليست كما يتضور البعيدون عن النظام الامريكي مجرد عملية دفاع صريحه عن المصالح التى تحتاج الى الرعاية وانما هي عملية مساومات وتبادل للتأثير ووعود بالتأثير في مناسبات مقبلة نظير الحصول على التأييد في مناسبات قائمة دون نظر الى المصلحة القومية والعامة وان التصويت على مشروع أو قرار يظهر امران الأول ان الاعضاء على فرض استهدافهم المصلحة القومية العامة انما يصوتون على مشروع وارد من اللجان بكل ما ينطوى عليه من خصائص نفسية لصراع المصالح . والامر الثانى ان المقصود ان العضو وهو يصوت لابد وأن يدخل في حساب تصوره الخاص للمصلحة القومية فحسب وانما يدخل في حسابه كذلك العلاقات والمصالح داخل الكونجرس وعلاقاته هو بالاعضاء ورؤساء اللجان الذين يمثلون تلك القوى وضرورة ارضاء تلك القوى ضمانا لمستقبله داخل الكونجرس وفي الانتخابات المقبلة والخلاصة ان الكونجرس نظام اجتماعي قائم بذاته وان استمرار حياته الداخلية بكل ما فيها من صراعات وعلاقات اعتبار اساس له دور فعال في تحديد مضمون قراراته واتجاه سياسته وبحيث يحرص كل عضو على سلامة هذه العلاقات الداخلية واستمرارها اكثر من حرصه على المصلحة القومية والمستفيدون الحقيقيون من ذلك كله هم شاغلوا مواقع التأثير الرئيسية في ذلك النظام الاجتماعي كرؤساء اللجان وزعماء الحزب وعليه فالكونجرس ليس جهازا عاكسا للرأى العام ولا حتى قناه تنظيمية يسلكها الرأى العام وانما هو مؤسسة سياسية مستقلة يصوغ برنامجها التشريعي ويحوره ليلائم متطلبات حياتها الداخلية

واعتبارات المصلحة القائمة وتيارات الرأى العام[١].

والواقع انه بالرغم من هذه الانتقادات العديدة الموجهة نحو نظام التمثيل النيابى الا ان بعضا منها يتسم ببعض المغالاه فمثلا مسألة تمثيل البرلمان للامة فليس مطلوبا منهم اى اعضاء البرلمان ان يكونوا مصورى صاحبة الجلاله الامه بل عليهم أولا ان يكونوا قادتها ومعلميها فالعلاقة بين أعضاء البرلمان والناخبين ليست علاقة الناخب بالسيد أو الوكيل بالموكل وانما هى علاقة تعاون حيث يجب أن يراعى قسط من الانسجام بين الرأى العام والبرلمان وبالرغم ما يوجه الى نظام الانتخاب من الانتقادات فان القول بوجه عام ان الانتخابات وبالتالى البرلمانات تمثل الاتجاهات العامة للرأى العام هو قول قريب من الحقيقة وذلك فى بلاد قطعت شوطا طويلا فى طريق النضوج السياسى والحكم الديمقراطى[٢] فليس هناك نظام انتخابى يعكس بالضبط آراء الشعب وهذا بذاته لا يدعو الى القلق فالعبرة بالحصول على صورة تقريبية لميول الشعب بوسائل يتقبلها الشعب بوصفها وسائل مشروعة فلا حاجة الى القلق الشديد على محاولة اعطاء صورة حسابية دقيقة تعكس الهيئة الناخبية وهى محاولة مقضى عليها بالفشل قبل ان تبدأ واذا كانت البرلمانات لا تمثل ارادة الشعب فى بعض الحالات تمثيلا صحيحا فانها على كل حال وبوجه عام اصبح واقرب تمثيلا لارادته من أى نظم غير ديمقراطية والنائب فى البرلمان لا يستطيع ان يقول انه يمثل

---

(١) نقلا عن د/ أحمد كمال أبوالمجد : محكمة وارن والحريات العامة - مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٧١ ص ٤١ ، ص ٧٩ .

(٢) د/ عبدالحميد متولى :أزمة الانظمة الديمقراطية ص ٧١ .

مصالح ورغبات جميع الناخبين في دائرته أو حتى أغلب هؤلاء الناخبين وقصارى ما يستطيعه ان يكون على وعى بالاشياء التى يفضلها أهل دائرته تفضيلا عميقا وان يكون متجاويا مع آراء المهمين منهم وان يتذكر مصالح أو الطوائف الضاغطة العاملة فى دائرته[١].

ان القول بأن نظام التمثيل النيابى غير لازم للديمقراطية أو انه نظام غير شعبى كل هذا غير صحيح وانما يعنى فقط وعلى وجه التحديد انه نظام لادارة الدولة يحول بنجاح فائق ضد استبداد اي من السلطات بسلطتها ويقيم توازنا فيما بينها ففى ظل الاستحالة المادية والقانونية ايضا لقيام كل فرد من أفراد المجتمع بكل الوظائف العامة لابد ان تكون ادارة الشئون العامة فى الدولة مسندة الى أقلية يتم اختيارها طبقا لشروط معينة ولكن هذا لا يعنى ان القائمين على وظائف الدولة اذا كانوا منتخبين أنهم يمثلون الشعب وينوبون عنهم انما يعنى انهم يقومون بتأدية عمل معين أوكل اليهم وانهم يباشرون أحد الوظائف التى أوكلها الدستور اليهم[٢].

وبعد هذا العرض لطبيعة عمل البرلمان نعتقد أنه قد وضحت الى حد كبير امكانيات وجود عيب الانحراف عن الصالح العام وذلك لوجود الضغوط التى تقع على الناخب وتدعوه الى اختيار هذا الجانب أو ذاك كما ان هناك الضغوط التى تقع على عضو البرلمان نفسه فى ادائه لوظيفته التشريعية . ان العيوب الايجابية فى نظام الحكم النيابى بل وفى انظمة الحكم الاخرى يمكن جمعها تحت عنوانين الأول الجهل العام وعدم المقدرة

---

(١) نظم الحكم والسياسة فى القرن العشرين - ميشيل استيوارث .
(٢) نظم الحكم والسياسة - المرجع السابق - ص ١١٠ .
(٣) د/ عصمت سيف الدولة - المرجع السابق - ص ٢٠٠ .

تمثلة فى عدم وجود مؤهلات عقلية كافية فى الهيئة التشريعية والثانى
. خطر كون الهيئة المراقبة واقعة تحت نفوذ مصالح لا تكون منسجمة مع
صالح المجتمع العامة واذا انتقلنا الى الشخص الذى قد يكون ممثلا نيابيا
ى أن لديه النزعة فى إيثار مصالحه الذاتية على المصالح التى يشارك بها
آخرين ففى اللحظة التى يجد فيها الشخص أو طبقة من الاشخاص انفسهم
سئولون عن السلطة فان مصلحة الشخص الفردية او مصلحة الطبقة تحظى
درجة جديرة بالاهتمام منهم وكذلك عندما يشعرون بأن الآخرين ينظرون
يهم الى درجة العبادة فهذا يضعف بطريقة غير محسوسة العادات التى
كن ان تجعلهم يقيمون البواعث والنتائج التى تؤثر عليهم وهذا هو المعنى
لذى ينطوى عليه القول المأثور . أن السلطة تفسد الاشخاص ولذا فان اكبر
خطاء الديمقراطية كما هو الحال فى سائر انظمة الحكم يكمن فى المصالح
لشخصية للذين يتولون السلطة وهذا الخطر هو التشريع الطبقى من قبل
الحكومة لتحقيق المصالح الذاتية للطبقة السائدة على حساب مصلحة
جموعة ولذلك كانت من أهم موضوعات البحث هو موضوع كيفية توفير
لضمانات اللازمة لمنع قيام ذلك الخطر[1].

ومن عرضنا السابق يمكن تصور وجود الانحراف التشريعى وذلك
وجود المصالح الشخصية للبرلمان كهيئة ولأفراده كل على حده وللاغلبية
صاحبة الرأى العمل فى التشريع فالبرلمان فى مجموعة تحكمه قله سواء
كانت هذه القلة هم رؤساء اللجان أم اعضاء هذه اللجان وما دامت سيطرة
لقلة على الكثرة هو أمر له تبريراته العملية والفنية فانه ليس تقليلا من
ن الحكومة الشعبية ان تعترف بأن الديمقراط [illegible] علة تعتمد اكثر من أى

---

(١) .ن ستيوارت مل . الحكومات البرلما[illegible] . [illegible]

شيئ آخر على حجم ونشاط الاقلية الواعية وليس على احكام ومعلومات المواطنين العاديين وهذه الاقلية بالتأكيد ذات أهمية خاصة للمسئولين الرسميين نظرا لاسهامها المباشر فى العملية السياسية فالمجتمع الديمقراطى يخضع لعملية تمثيل لا فى السياسة فحسب بل فى تفكيره كله وفى كل مكان نجد ان القلة هى التى تفكر وهى التى تتصرف بناء على تفويض الاغلبية[١].

وهكذا فإن الانحراف أصبح امرا ممكنا ما دمنا قد انتهينا الى عدد من الحقائق منها ان المؤسسات السياسية ومنها البرلمان هى من صنع الإنسان وهو الذى ينميها ويطورها ومن ثم فيمكن ايضا ان ينحرف بها عن اغراضها مثله فى ذلك مثل اى سلطة فى المجتمع كالسلطة القضائية غير ان نظام القضاء ذاته تضمن عديدا من الضمانات التى تضعف كثيرا من امكانية وقوع هذا الانحراف ولقد عبر عن ذلك احد الفقهاء بقوله انه لا مناص من ان يكون القائمون على توزيع العدالة المتساوية بمقتضى القانون اناسا من البشر ولا مفر من أن يكون حكم القوانين دائما حكما يتولاه بشر يطبقون هذه القوانين ويفسرونها وللبشر مهما اشتد شعورهم بالاستقلال والامن مثل عليا مفضله ورغائب وافكار مكونه من قبل وميولا مغرضة وعلاج ذلك يكون بادخال اصلاحات مستمرة من شأنها أن تجعل وقوع هذه الاخطاء أقل احتمالا كما أوضحنا مدى ما فى عملية الانتخابات من امكانية وصول غير المؤهلين الى البرلمان وهو ما يجعل امكان التأثير عليهم للخروج على أحكام الدستور اكبر واذا قارنا بين الانحراف التشريعى والادارى وجدنا ان الانحراف التشريعى يساعد على وجوده عوامل أكبر من

---

(١) د/ أحمد بدر الدين : الرأى العام – ص ٢٩٧ .

تلك التى تساعد على وجود الانحراف الادارى فالموظف العام وضعت ضوابط فنية وشخصية لاعطائه السلطة التى تخوله اصدار القرارات عكس ما هو الحال فى نطاق التشريع ففضلا عن أن توافر الكفاءة فى اعضاء البرلمان هو بوجه عام اقل من كفاءة الموظفين العموميين فان الرقابة على اعمال الموظفين أشد وأدق من تلك التى تقع على اعمال البرلمان .

ولاوجه للقول بأن الثقة فى البرلمان تلقى على اعضاءه عبئا معنويا يمنعهم من الخروج على الدستور فالواقع أن مسألة الثقة هذه هى التى دفعت الفكر السياسى الى إقامة العديد من الضوابط التى تمنع استبداد أى سلطة فى الدولة وتغولها على سائر السلطات ولو كانت هذه السلطة هى البرلمان ذاته وكما يذهب أحد الفقهاء ان دعوى الثقة بالكونجرس وبحرصه على احترام الدستور هى دعوى لا تستحق مناقشة فهذه الثقة فى الواقع أمر لا يجوز الحديث عنه فى نطاق العلوم السياسية والدستورية وهى لا تصلح للصلة بين الحكام والمحكومية الا فى مدينة فاضلة من الانبياء والفلاسفة أما فى دنيا السياسة التى تحركها المصالح والمطامع وتتحكم فيها شهوات السيطرة والاستقلال فان هذه الصلة بين الحكام والمحكومين يجب ان تقوم على الشك وسوء الظن والاحتراس وهذه الامور جميعا هى وحدها التى حملت الشعوب على تقييد سلطة الحكام مقدماً بإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير(١) .

ونستطيع ان ننتهى من ذلك الى ان تصور انحراف البرلمان بتشريعه عن الصالح العام هو أمر ممكن من الناحية العملية وطبقا لطبيعة تكوينه والقوى المؤثرة فى عمله ان يحدث فليس تعدد وكثرة أعضاء البرلمان بمانع له من الاستبداد أو الانحراف .

---

(١) د/ أحمد كمال أبوالمجد : رسالته سالفة البيان – ص ٢٥٠ .

المبحث الثالث

العوامل غير التشريعية

التى تؤيد قيام الإنحراف التشريعى

وتقصد بهذه العوامل انها تلك التى تساعد علي تصور وجود انحراف تشريعي ولكن عن طريق دراسة بعض نظم الرقابة التى تستند فى اساسها الى ذات الاساس المقرر على نشاط السلطة التشريعية كما تتضمن هذه العوامل تطورات وقعت فى نطاق الرقابة على أعمال السلطات العامة مما يجعل الرقابة على الانحراف التشريعى هو الجانب الأخير المبتغى لغرض الرقابة على سائر أوجه نشاط المشروع ومن أهم العوامل التى تؤيد قيام الانحراف التشريعى . وتطور رقابة القضاء على اعمال السلطات العامة واللوائح التشريعية وما قد تنطوى عليه من إنحراف .

الفرع الأول

اللوائح التشريعية

اللوائح التشريعية هى تلك التى تصدرها السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية فى حالات الضرورة أو حالات التفويض التشريعى طبقا للدستور وهى التى تعرف بالقرارات الجمهورية بقانون وتنص الدساتير المصرية والفرنسية المختلفة على اعطاء رئيس الجمهورية هذا الحق سواء فى حالة الضرورة أو فى حالات التفويض من قبل البرلمان له بممارسة بعض الاختصاصات فى حالات هى فى الاصل تدخل فى اختصاص المشرع[١]

---

(١) انظر فى لوائح الضرورة فى الدساتير الفرنسية - جورج بيردو - القانون الدستورى والنظم =

والذى يهمنا في مجال هذه القرارا الجمهورية بقانون انها تظل لها صفة القرارات الادارية حتي تعرض على البرلمان ويوافق عليها واذا لم تعرض أو لو لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون أما فى حالة إقرار البرلمان لها فانها تكتسب قوة القانون ولا يمكن الطعن عليها امام القضاء الاداري[١] ومن هنا فإذا كان القرار الجمهوري بقانون هو قرار اداري قبل موافقة البرلمان عليه فان عيب الانحراف بالسلطة يمكن تصوره فيه بوصفه قرارا اداريا فيمكن ان يبتغي منه رئيس الجمهورية غاية تجانب الصالح العام فهو مجرد قرار اداري يخضع لأوجه الطعن المختلفة فى القرارات الادارية ومنها الانحراف بالسلطة فاذا افترضنا أن هذا القرار الجمهوري بقانون قد عرض على البرلمان وهو يحمل ذات العيب الذى لصق به وهو قرار اداري أى عيب الانحراف ووافق البرلمان على هذا القرار الجمهوري أصبح قانونا فهل موافقة البرلمان يمكن ان تطهره من العيب الذى شابه ؟

إن المتأمل لواقع العلاقة بين البرلمان ورئيس الجمهورية يجد أن الرئيس غالبا ما يكون رئيس الحزب ذو الاغلبية فى البرلمان واذا كانت هذه القاعدة ليست مطلقة فى فرنسا فهي مطلقة فى مصر فرئيس الجمهورية هو رئيس الحزب ذو الاغلبية الطاغية أو الحزب الاوحد فموافقة البرلمان على القرار الجمهوري بما يتضمنه من عيوب امر لا مفر منه فى هذه الحالة ومن هنا فقد سبق وذكرنا ان موافقة البرلمان على القرار الجمهوري بما فيه من عيوب لا يطهر القرار الجمهوري من هذه العيوب وتظل لاصقة به حتى بعد

= السياسية - ١٩٧٥ ص ٢٧٣ وما بعدها ، وانظر موريس دوترجيه - النظم السياسية والقانون الدستوري ١٩٧٣ ص ٢٠ وما بعدها ، وانظر فى اللوائح التعويضية رسالة د/ محمود حافظ بالفرنسية - التعويض التشريعي فى فرنسا ومصر - باريس ١٩٥٣ وطبعة القاهرة ١٩٥٦ ، وانظر مؤلف د/ السيد صبرى - اللوائح التشريعية ١٩٤٤ ومؤلفات الفقهاء المصريين العديدة فى القرارات الادارية .

(١) انظر ديجى فى مطوله جـ٢ ص ٧٨ .

أن اصبح قانونا وكل ما فى الأمر ان الطعن عليه لوجود هذه العيوب يكون أمام المحكمة الدستورية المختصة لا أمام القضاء الادارى[١] كما أن القول بأن التصديق على هذه القرارات بقوانين يظهر ما بها من عيوب يفترض أن هذه العيوب مما يملك البرلمان التجاوز عنها أى داخلة فى نطاق سلطاته اما اذا كانت هذه العيوب من طبيعة غير دستورية أى خارجة عن نطاق الدستور فان البرلمان حتى لو وافق عليها ستكون قوانين غير دستورية لأن النصوص الدستورية المنظمة لحالات صدور القرارات بقوانين لا يملك المشرع الخروج عليها وعليه فانه يمكن واقعا تصور وجود قوانين بها انحراف تشريعى لأن اساسها قائم على وجود الانحراف بها عندما كانت قرارات بقوانين صادرة من رئيس الجمهورية ويتأكد هذا الواقع اذا علمنا ان القرارات بقوانين لا يسمح للبرلمان بتعديلها فإما ان يوافق عليها البرلمان برمتها أو يرفضها برمتها واذا عن لاحد الاعضاء أن يعدل فى بعض نصوصها يعتبر هذا اقتراحا بمشروع قانون[٢] وهذا ما يجعل من العسير على أعضاء البرلمان أن يرفضوا الموافقة والتصديق عليه نظرا لما يرتبه من آثار ومراكز قانونية وما يمسه من حقوق ومن هنا يظهر لنا الامكانيه الواقعية لوجود انحراف تشريعى فى قانون صادر من مجلس الشعب وكان هذا القانون فى اساسه قرارا جمهوريا ولكن موافقة مجلس الشعب عليه تجعله ينتسب للمجلس لا لرئيس الجمهورية وعليه فهذا المثال يوضح امكانية وجود انحراف تشريعى فى تشريع صادر من البرلمان .

(١) انظر فى التكييف القانونى لهذه القرارات بقوانين مؤلف فيدل - القانون الادارى سنة ١٩٧٣ ص ٢٢٥ ، وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى طبيعة هذه القرارات بقوانين رأيها قرارات ادارية الى ان يتم التصديق عليها - مجموعة احكام المجلس ص ٦٠٠ .

(٢) انظر المادة ١٤٧ من الدستور والمواد ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب المصرى ، وانظر فى السوابق التاريخية جلسة مجلس النواب فى ١٩٤١/٨/٣١ مناقشة قانون المخدرات وانظر عرضا لهذا الرأى فى أحمد هبه - القرار الجمهورى بقانون ووسائل رقابته - .. . ١٩٧٣ .

الفرع الثانى

قرارات إدارية ذات طبيعة خاصة

وغير معصومة من الطعن عليها بالإنحراف

نهدف من هذا العرض ان نوضح أن هناك قرارات ادارية تصدر عن جهات لا يتصور وجود عيب الانحراف فى القرارات الصادرة عنها إما لأن هذه القرارات صادرة من هيئات ادارية تتكون من أشخاص لا يتصور اتجاههم للانحراف واما انهم على درجة عالية م الكفاءة أو التجرد فى شغلهم لمناصبهم أو لأن هذه الهيئات يدخل فى تشكيلها العنصر القضائى ومع ذلك لا تسلم قراراتها من الانحراف ومن ذلك مثلا ان القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٢ ينص فى المادة ٢٢ منه على ان يؤلف مجلس الجامعة برئاسة رئيس الجامعة وعضوية نواب رئيس الجامعة وعمداء الكليات المعاهد التابعة للجامعة تختص بالنظر فى ... ثانيا : المسائل التنفيذية تعيين أعضاء هيئة التدريس فى الجامعة ونقلهم وهنا نجد أن مجلس الجامعة يتكون من اشخاص على مستوى عالى من الكفاءة والخبرة ويفترض فيهم التجرد من الأهواء والنزعات الشخصية ولكن هذا لا يمنع من الطعن فى قرارات مجلس الجامعة فى المسائل التنفيذية المختص بها بالانحراف بالسلطة وكثيرا ما يبحث مجلس الدولة فى توافر أو عدم توافر الانحراف فى قرارات مجلس الجامعة[١] ولا يستبعد وقوع هذا العيب لمجرد ان القرار من هيئة تجمع أعضاء متعددين وعلى درجة كبيرة من الكفاءة وهناك أيضا

---

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ١٣ - جلسة ١٩٧٠/١١/٨ - والادارية العليا فى الطعن رقم ١٠٩٦ لسنة ١٤ - جلسة ١٩٧٤/٤/١٤ - مجموعة الأحكام - السنة ١٩ ص ٢٧٩ .

المجلس الأعلى للهيئات القضائية والذى يتكون من وزير العدل ورئيس المحكمة العليا ورئيس محكمة النقض ورئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام ورئيس ادارة قضايا الحكومة ومدير النيابة الادارية واقدم نواب رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة القاهرة الابتدائية[١].

وهو يختص بالتعيينات والترقيات والنقل والتظلمات الخاصة باعضاء الهيئات القضائية ولم يمنع هذا التشكيل الذى يضم كبار رجال القضاء وشيوخهم من أن تقرر المحكمة العليا أن قراراته هى قرارات ادارية بمعنى امكانية الطعن عليها بمختلف أوجه الطعن ومنها الانحراف[٢].

وكذلك هناك الجهات الادارية ذات الاختصاص القضائى وهى الهيئات الادارية التى يدخل فى تشكيلها عنصر قضائى وتكون مختصة غالبا بالتأديب ومن ذلك مثلا مجلس تأديب الجامعة الذى يتكون من نائب رئيس الجامعة لشئون الدراسات العليا وأحد أعضاء هيئة التدريس فى كلية الحقوق ومستشار مساعد بمجلس الدولة وذلك بالنسبة لمساءلة المعيدين والمدرسين المساعدين تأديبيا[٣] أما جميع أعضاء هيئة التدريس فتكون مساءلتهم أمام مجلس التأديب يشكل من أحد نواب رئيس الجامعة واستاذ من كلية الحقوق ومستشار من مجلس الدولة يندب سنويا[٤] وكذلك مجلس

---

(١) قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ مادة ٣ وذلك قبل تقرير استقلال مجلس القضاء الأعلى بشئون اعضاءه بمقتضى القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ .

(٢) المحكمة العليا - جلسة ١٩٧٨/٢/٤ - القضية ٢ لسنة ٨ ق عليا - مجموعة الاحكام ص٨٧.

(٣) مادة ٥٤ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٢ .

(٤) مادة ١٠٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٢ .

تأديب أعضاء السلك الدبلوماسي المكون من أحد نواب رئيس مجلس الدولة وسفير من الفئة الممتازة من غير اعضاء المجلس ومستشار ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة وذلك بخصوص المساءلة التأديبية لمن في درجة سفير من الفئة الممتازة أو سفير أو وزير مفوض .

وبالرغم من تشكيل هذه الهيئات الادارية من عناصر تمثل قمة الجهاز الادارى ولا تكون مشتركة في اصدار القرار الخاص بالاحالة الى مجلس التأديب بالاضافة الى تمثيل قضائى فيها واتباع اجراءات في المجلس لا تفترق كثيرا عن اجراءات المحاكم التأديبية فان الفقه والقضاء تعتبر قراراتها ادارية ويجوز الطعن عليها بالانحراف بالسلطة[1] وذلك لان هذه اللجان ليست محاكم بالمعنى الصحيح ولا يتوافر في اعضائها ضمانات القضاء لذا فاحتمال التعسف قائم وان كان نادر الوقوع عملا[2]. وذهبت المحكمة الادارية العليا في واحد من احدث احكامها أى أن هذه القرارات (الصادرة من مجالس التأديب) هى قرارات ادارية وانه بالرغم من غلبة العنصر القضائى فى بعضها الا ان اشتراك احد اعضاء الادارة العامة يجعل قراراتها قرارات ادارية تختص المحاكم الادارية بالطعون الواقعة على قرارات هذه المجالس[3].

وهكذا لقد رأينا جهات وهيئات ادارية تتوافر لاعضائها ما قد لا يتوافر لاعضاء البرلمان من كفاءة كما ان هذه الهيئات تتكون من عدد كبير

---

(١) انظر د/ أحمد كمال ابوالمجد :رقابة القضاء على أعمال الادارة ١٩٦٣ - ١٩٦٤ ص ٢٦٩.

(٢) د/ سليمان الطماوى : قضاء الالغاء ١٩٧٦ .

(٣) الادارة العليا حكمها فى الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٨٤/١/٢١ ، وانظر فى طبيعة قرارات هذه الهيئات فى رسالة القطب محمد طبلية - العمل القضائى فى القانون المقارن ١٩٦٤ .

من الافراد بما يمكن القول معه بعدم امكانية اجتماعهم على الانحراف مثل البرلمان بل ان من هذه الهيئات ما يتضمن عنصرا قضائيا قد يكون غالبا بما يقطع بتوافر الحيدة والاستقلال والتجرد والنزاهة ولكن لم يمنع هذا امكانية وقوع الانحراف فكيف يمكن الا نتصور انحراف البرلمان فى ادائه لوظيفته؟.

وهنا نحن نؤكد مرة أخرى ان الانحراف ملازم للطبيعة البشرية ولا اختلاف بين الادارة والبرلمان والقضاء فى هذا الخصوص وأن الفقهاء الذين اعترفوا بامكانية انحراف الهيئات الادارية فى اصدارها لقراراتها لم يعترفوا بوجود مثل هذا العيب بالنسبة لعمل البرلمان مع أن تعدد اعضاء كل من البرلمان والهيئات الادارية التى عرضنا لها لم يكن سببا لعصمة قرارات مثل هذه الهيئات من الطعن عليها بالانحراف فلما اذن لا يمتد الطعن بالانحراف التشريعى الى قرارات البرلمان ؟

الفرع الثالث

تطور رقابة القضاء على أعمال السلطة العامة

اننا نجد فى هذا التطور عاملا مساعداً لنا يشير الى أن القضاء سيتطرق الى نطاق الانحراف التشريعى كخطوة لازمة لإتمام رقابته على جميع اعمال البرلمان فالمتبع لتطور رقابة القضاء يجد انه حتى فى فرنسا التى ما زالت تتبنى مبدأ سيادة البرلمان وتحرم رقابة القضاء لدستورية القوانين فان مجلس الدولة الفرنسى قد انتهى الى تقرير مسئولية الدولة عن الاضرار التى تسببها القوانين وذلك منذ حكم فلوريت الشهير وقام الفقهاء بتأصيل تقرير هذه المسئولية عن القوانين حتى قبل صدور حكم مجلس الدولة سالف البيان(١) هذا ما يوضح امكانية الطعن علي التشريع حتى فى حالات تسببه لاضرار لازمة لإعمال اثره أى أن المسئولية هنا هى مسئولية على اساس المخاطر تتحقق حتي ولو لم يكن هناك ثمة خطأ من قبل المشرع وفى مصر وبالرغم من عدم وجود تطبيقات قضائية لهذه النظرية لأن القضاء المصرى يرى عدم جواز التعويض عن القوانين حتى الآن(٢) الا ان القضاء المصري خطا خطوة واسعة فى مجال آخر كان الى عهد قريب ممتنعا عن رقابة القضاء وهو التعويض عن قرار مجلس الشعب فى الطعون الانتخابية فالدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ ناط بمجلس الشعب الاختصاص بالفصل فى صحة عضوية اعضائه وذهب بعض الفقهاء الى أن

(١) انظر ديجى فى مطوله فى القانون الدستورى جـ٣ ص ٥١٦ ، وانظر تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى الدساتير الفرنسية د/ السيد مدنى - مسئولية الدولة عن اعمالها مشروعه سنة ١٩٥٢ ص ٢٥ ، وانظر د/ أنور رسلان - دروس فى مسئولية الدولة ص ٣٢ ،د/ رمزى الشاعر - مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ١٩٨٠ ص ٤٢ .

(٢) د/ رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ٥٩ .

القرار الصادر من مجلس الشعب بهذه الصفة هو قرار قضائى استنادا الى ان الدستور أوكل لمجلس الشعب إختصاصا قضائيا فى خصوص فصله فى صحة عضوية اعضاء ذاته استنادا لمبدأ القرارات القضائية لا بالالغاء أو بالتعديل أو بالتعويض[١] وقد رفع أحد المرشحين لانتخابات مجلس الشعب دعوى أمام محكمة القاهرة الابتدائية طالبا منها الحكم له بالتعويض عن البطلان الذى شاب الاحداث الانتخابية وأدى الى سقوطه فى الانتخابات عرض الموضوع على مجلس الشعب كعدم سرعة نظرة كطلب بعض الاعضاء ولان رئيس المجلس لم يعرض نتيجة فحص الطعن بمعرفة محكمة النقض على المجلس قبل عرضه لموضوع رفض الطعن للتصويت كما ان المجلس قد صوت على الطعن دون حضور ثلثى اعضائه طبقا للدستور وقد قضت له هذه المحكمة بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن اخطاء ارتكبت اثناء الانتخابات كما انه محق فى طلب تعويض عن الاخطاء التى شابت عرض نتيجة الطعن الذى أيدت فيه محكمة النقض رأيها على المجلس والذى تضمن صحة الطعن وقد تأيد هذا القضاء استئنافيا ورفضت محكمة النقض الطعون الموجهة له[٢] والمهم فى هذا الاتجاه هو ان القضاء مد رقابته الى نطاق اعمال كانت تدخل بصفة رئيسية فى اختصاص البرلمان دون تعقيب عليه وانه لم يقف عند مبدأ الفصل بين السلطات الذى دفعت به الحكومة وانما قرر التعويض عن المخالفات التى شابت عملية الانتخابات

---

(١) الاستاذ أحمد هبه : مجلة ادارة قضايا الحكومة ١٩٧٧ س ٢١ . تعليقات على الأحكام ص١٠٠.

(٢) انظر حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية - الدائرة السادسة مدنى - جلسة ١٩٧٤/١/٩ فى الدعوى رقم ٤٢٧٦ لسنة ١٩٧٣ ، وانظر تأيد هذا الحكم فى ١٩٨٣/٢/٢٧ من محكمة النقض فى الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٦ .

وأدت الى حرمان الطاعن من الدخول لعضوية مجلس الشعب ويعتبر هذا القضاء فتحا جديدا بعد ان كان القضاء مبتعدا عن بسط رقابته على مثل هذه الاعمال على اساس انها من الاعمـــال البرلمانيـة التى لا تخضـع لرقابة ما.

وهكذا فإن تطور القضاء الى بسط رقابته على سائر اعمال السلطات العامة بدءا من رقابة القرارات الادارية حتى غطت الرقابة جميع عناصر واركان الرقار الى رقابة دستورية القوانين والى تقرير الحكم بالتعويض عن الاضرار التى نسبتها القوانين الى الحكم بالتعويض عن الاخطاء التى شابت عملية الانتخابات والتى أدت الى نجاح عضو فى البرلمان مع ان الاختصاص بهذه الطعون هو لمجلس الشعب واقرار مبدأ التعويض القضائى فى هذا الصدد يكون بدءا لبسط رقابة القضاء على قرارات المجلس الاخرى ومنها قرارات المجلس التأديبية فى خصوص اعضاؤه ومن هنا نجد ان التطور يمهد الطريق امام المحكمة الدستورية العليا لتأخذ برقابة الانحراف التشريعى لتكتمل حلقات الرقابة القضائية الى سائر اركان وعناصر القانون

المبحث الرابع

إثبات عيب الإنحراف التشريعى

تعتبر القرينة القضائية من أدلة الاثبات امام القضاء العادى الا انها في القانون الادارى تعتبر في مقدمة ادلة الاثبات لان القانون لم يحدد الادلة المقبولة بما يجعل القاضى يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فى وزن وتقدير ما يقدم اليه من أدلة وعناصر وعليه فان تقدير الادلة متروك اصلا لوزن واقتناع القاضى الادارى وما المستندات وغيرها من الأوراق الادارية الا قرائن مكتوبة قابلة لاثبات العكس تتألف وتترابط مع بعضها لاثبات الوقائع المتنازع عليها[١] واذا كان هذا الامر مسلما به فى نطاق القانون الادارى فإنه فى مجال اثبات الانحراف بالسلطة يعتبر الاثبات بالقرائن هو السبيل الوحيد لاثبات هذا الانحراف ذلك ان الاصل هو صحة القرار الادارى وانه ليثبت المدعى وجود عيب فيه عليه ان يقوم باثبات ذلك العيب الا انه فى كثير من الاحيان تصل المحكمة الى هذا العيب حتي ولو لم يشر اليه الطاعن فى القرار اما لتعلق العيب بأمر يتصل بالنظام العام كعيب

---

(١) د/ أحمد كمال الدين موسى : نظرية الاثبات فى القرار الادارى سنة ١٩٧٧ رسالة ص ٤٠١ ، وانظر د/ سليمان مرقص - أصول الاثبات فى المواد المدنية ستن ١٩٥٢ ، ود/ عبدالرازق السنهورى - الوسيط جـ١ ص ٣٢٩ ، ود/ عبدالودود - دروس فى الاثبات سنة ١٩٧٠ ص ١٢٤ - حيث ذهبوا الى أن القرينة القضائية تتكون من عنصرين العنصر المادى الذى يتكون من وقائع ثابته تسمى بالدلائل والامارات والثانى هو العنصر المعنوى الذى يتحصل فى عملية الاستنباط أو الاستخلاص التى يقوم بها القاضى ليصل من هذه الدلائل والامارات الى ثبوت الوقائع المجهولة ويتمتع القاضى فى شأن هذين العنصرين بسلطة تقديرية مطلقة اذ يترخص فى اختيار الوقائع التى يستنبط منها القرينة ، وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية بالقانون المدنى جـ٣ ص ٤٢٥ ، وانظر المذكرة الايضاحية لهذا القانون .

الاختصاص والشكل أو أنه لا يتفق مع القانون فى أى وجه من الوجوه كعيب المحل .

اما بالنسبة للانحراف فلن يتسنى للقاضى ان يتعرض له الا اذا قدم المدعى ما يثبت ادعاؤه على وجه يقطع بوجود الانحراف لأن القرار المصاب بالانحراف هو صحيح فى ظاهره فاسد من حيث مقصد مصدره الذى لم يظهر الا بالبحث حول ظروف وملابسات صدور القرار ذاته من هنا كان عبء اثبات الانحراف بالسلطة يقع على عاتق المدعي وانه لصعوبة مثل هذا الاثبات توسع مجلس الدولة الفرنسى والمصرى فى وسائل وكيفية هذا الاثبات فتطور القضاء الادارى من قصر اثبات الانحراف على القرار ذاته الى استظهار الانحراف من جميع الأوراق المرفقة بملف الدعوى ظروف القرار بل وصل الامر بمجلس الدولة الفرنسى الى اثبات الانحراف من الظروف الخارجة عن النزاع ذاته كما انه فى مصر ابتدع مجلس الدولة المصرى عديدا من القرائن التى تثبت الانحراف منها قرينة ظروف وملابسات اصدار القرار وتنفيذه وقرينة التفرقة بين العاملين فى المجالات المتماثلة بل وحتى قرينة انعدام الدافع المعقول لإصدار القرار[1]. بل ودافع أحد الفقهاء عن اعطاء القاضى سلطة اثارته من تلقاء نفسه للانحراف وذلك اذا ما تحقق من وجوده وظهرت امامه دلائل جدية تشير اليه بشأن نزاع مطروح عليه وذلك

---

(١) انظر فى اثبات الانحراف مقال Lemausiere فى R. D. P بعنوان اثبات الاشراف بالسلطة ص ٣٦ - بعنوان اثبات الانحراف بالسلطة ١٩٥٩ ص ٣٦ ، وانظر فى تطور وسائل الاثبات لافربير مطوله فى القانون الادارى - طبعة ٢ جـ ٢ سنة ١٩٨٦ ، وانظر آرائه المبكرة حول امكانية استظهار الانحراف من الظروف المحيطة بالقرار وانظر تطور أحكام مجلس الدولة الفرنسى منذ سنة ١٩٠٠ الى١٩٥٧ مجموعة سيرى ، وانظر مقالة د/ أحمد حافظ عطية نجم - مجلة العلوم الادارية السنة ٢٤ - العدد الثانى - ديسمبر سنة ١٩٨٢ السلطة التقديرية للادارة ودعاوى الانحراف بالسلطة ص ٨٠ .

اذا وجدها افضل سبيل لالغاء القرار الادارى غير المشروع[١].

هذا التطور فى القضاء الادارى له دلالته العميقة على الحاجة العملية للقضاء على هذا العيب بتيسير سبل اثباته واعطاء القاضى سلطة كبيرة فى ذلك استشعارا بخطورة وجود هذا العيب فهو يهدم الصالح العام الذى من أجله اعطيت السلطة للادارة واذا تكلمنا عن الانحراف التشريعى واثباته يجب ان نلاحظ انه فى حين كان الانحراف بالسلطة الادارية من اقدم العيوب ظهورا الا ان الانحراف التشريعى هو ما زال فى طور النشئ بما سينطبع بالقطع على وسائل اثبات هذا العيب حيث انه فى حالة بحث وجوده من قبل المحكمة الدستورية فهى بالقطع ستتشدد فى طرق اثباته وسيقع على المدعى بوجوده عبئا كبيرا فى تقديم عدد كبير من القرائن على وجود هذا العيب كما اننا يجب ان نشير الى ما فى الفرق بين الكشف عن العيوب الدستورية الاخرى التى توجد فى القانون وبين الكشف عن الانحراف التشريعى به ذلك ان المحكمة حين تشير الى وجود عيوب دستورية فى محل التشريع انما تقوم بتفسير نصوص الدستور تفسيرا تفرض فيه مبادئها العامة عن هذا التفسير ولكنها فى النهاية تتذرع بان هذا هو التفسير الصحيح لمضمون النص الدستورى أى انها تتستر وراء النصوص الدستورية لتقول بوجود مخالفة دستورية من قبل القانون وهو ما يجعل وقع حكمها مقبولا لدى السلطة التشريعية حقا انها - اى المحكمة - تفرض ما تشاء من آراء تحت ستار التفسير ولكنه على الاقل ستار يقيها من المصادمة مع السلطة التشريعية اما فى حالة كشف الانحراف التشريعى فالقاضى حين يصل اليه فى القانون فهو يصل الى دخائل نفس المشرع وهو

(١) د/ أحمد حافظ عطية نجم : مقاله سالف البيان ص ٨٢ .

حين يعلن عن وجود الانحراف فليس هناك من ستار يستتر تحته وانما يقف وحيدا مسئولا عما وصل اليه وهو ما يجعله يتردد فى الاقدام على كشف الانحراف خشية الاصطدام مع المشرع ولكن هذه المحاذير هى لصالح الانحراف وليست ضده فمجال كشف الانحراف هو المجال الاساسى لعمل القاضى سواء كان مدنيا أو اداريا أو دستوريا وهو مجاله دون ان يركن فيه الى نية مفترضة أو موجوده أو ضمنية للمشرع الدستورى كما انه هو وحده الذى يكشف عن الانحراف بوسائل بحثه المختلفة ويقتنع بهذه الادلة أو لا يقتنع أى أنه باختصار هو الذى يقف قائلا كلمته فى خصوص الاقتناع بوجود الانحراف ام لا ومهما كان فى هذا العمل من امكانية الاصطدام بالسلطة التشريعية فهذه الامكانية لا يجب أن تؤثر على الاخذ بهذا العيب كسبب لبطلان التشريع والا انهار كيان المحكمة الدستورية كمؤسسة دستورية تقف على قدم المساواة مع البرلمان والقاضى الدستورى عند كشفه الانحراف يجد من وسائل الاثبات ما هو ايسر من تلك الموجودة لدى قرينة الادارى لان صدور القانون يسبقه عديد من المناقشات البرلمانية وتقارير اللجان والمذكرة الايضاحية للقانون كل هذا يعطى فرص كبيرة من الاوراق الخاصة بصدور القانون ذاته كما يجب ان نوضح ان اوراق الدعوى الدستورية تشمل فيما تشمل الادلة القاطعة من قبل المدعى بوجود الانحراف تلك الادلة المتعلقة بظروف اصدار القانون نفسه فغالبا ما لا يشير المشرع الى السبب الحقيقى لاصدار قانونه فى حالة انحرافه بالتشريع ومن هنا عندما يبرز المدعى دليلا من اقوال أحد أعضاء البرلمان ويقيم دليلا على صحة قول العضو فذلك يدخل من أوراق الدعوى الدستورية فظروف استصدار القانون كظروف القرار الادارى العامل الحاسم والقاطع فى تكوين

عقيدة المحكمة عن وجود الانحراف التشريعى وبغيرها يستحيل ثبوت الانحراف فالقرائن القاطعة يمكن ان تكون القيد الذاتى لدى القاضى فى اثبات الانحراف ولا يعيب القاضى الدستورى أن يبحث فى ظروف سياسية ليتسنى له معرفة اتجاه ارادة المشرع فهى ظروف الدعوى الدستورية التى يختص بها فطبيعة وظيفته القضائية فى البحث ترتبط حتما بهذه الظروف وما العملية التشريعية الا عملية سياسية فى مختلف اطوارها واذا كان القاضى المدنى أو الادارى يأخذ القانون بعد صدوره ليطبقه على النزاع الا ان القاضى الدستورى عند فحصه مثلا لتوافر الشكل الدستورى للقانون يبحث فى مختلف مراحله قبل صدوره ولذا فليس بعيدا عن عمله ان يبحث فى اسباب هذا الصدور بل ان القاضى المدنى والادارى يبحث حول نية المشرع الحقيقية لينزلها على القانون اذا كان غامضا ليستطيع تطبيقه فلا تثريب على القاضى الدستورى عند كشفه عن النية الحقيقية للمشرع ولكن لا ليطبقها ولكن ليقرنها بالنية التى يفترضها الدستور فى كل القوانين والتى تؤدى الى تحقيق الصالح العام الى اننا نرى ان الفرد حين يدلل على الانحراف بمختلف ما لديه من قرائن فإ للمحكمة مطلق السلطة فى الاخذ ببعض هذه القرائن أو كلها أو رفضها كلها ولكن على المحكمة ان تضع امامها ان الانحراف هوأمر ليس من السهل اثباته وعليها اذا أخذت بالانحراف التشريعى ان تهتدى بما انتهى اليه القضاء الادارى من توسيع قرائن الانحراف فضلا عن توسيع سلطة القاضى الادارى فى اثباته .

فالامر الاساسى الذى نود الاشارة اليه عند قيام القاضى الدستورى بتكوين عقيدته عن وجود الانحراف التشريعى ان سائر ادلة الاثبات تعتبر من أدواته فى اثبات هذا الانحراف وان الطبيعة السياسية لعملية صدور

القانون والتى تتمثل فى اصدار القانون تلبية لمطلب جماهيرى معين برعت اعضاء الحزب وسبق مناقشة القانون - عندما كان مشروعا - فى أورقة ولجان الحزب ثم المناقشات البرلمانية التى تتم قبل التصويت عليه كل هذه الأمور تتعلق فى المقام الأول بالتطور التاريخى للنص المطعون فيه بعدم الدستورية للانحراف التشريعى وعلى صاحب الادعاء بوجود هذا الانحراف ان يثبت ذلك بكافة وسائل الاثبات التى تتساند فيما بينها لتكون عقيدة القاضى الدستورى واذا كان القاضى الادارى مقيدا بأوراق الدعوى ليثبت منها الانحراف بالسلطة فان أوراق الدعوى الدستورية تتضمن سائر مراحل تطور النص التشريعى فمثلا قد يكون من وسائل الاثبات فى نظرنا ما يصرح به رئيس الحزب ذى الاغلبية فى البرلمان عن الاسباب الحقيقية لصدور قانون ما لان فى هذا التصريح كشف عن الغرض الحقيقى من النص التشريعى بوصف ان النص التشريعى وجد اولا فى لجان الحزب المختلفة وصدقت عليه الهيئة البرلمانية للحزب قبل عرضه فى البرلمان ومن هنا لم يكن الطابع السياسى لعملية اصدار التشريع بعائق للقاضى عن امكانية استنباطه للغرض الحقيقى من التشريع فهو فى هذا المجال يشبه نظيره المدنى عندما يبحث عن سوء النية أو حسنها ونظيره الجنائى عندما يبحث عن القصد الجنائى ففى جميع هذه الحالات يكون البحث نفسيا لا يملك ازاءه القاضى سوى القرائن المختلفة .

الباب الثالث

الإنحراف التشريعي وأثره على طبيعة عمل القاضي الدستوري

مقدمة:

إن الإنتقاد الاساسي الذى وجهه الفقه لفكرة الانحراف التشريعي قام على أساس ان الاعتراف للقاضي بالحق في البحث عن الإنحراف التشريعي انما يؤدي الى ازدياد نفوذ القاضي الدستوري على صاحب السلطة التشريعية ويغدو من ثم القاضي الدستوري مهيمنا على أغراض وأهداف التشريع بصورة تجعله يقوم مقام المشرع في ابتداع هذه الاغراض والاهداف فتقرير حق الكشف عن الإنحراف التشريعي للقاضي الدستوري يؤدي الى حرية القاضي في استنباط هدف المشرع الحقيقي ويجعل من اليسير عليه أن يقول ان هذا الغرض يخالف الصالح العام في معناه العام ويخالف هدفا مخصصا يستنبطه القاضي نفسه ويقيس عليه أهداف المشرع .

وإذا كنا قد انتهينا الى امتناع رقابة تخصيص الاهداف بالنسبة للقاضي الدستوري رجوعا الى الاصل العام الذى لا يلزم المشرع سوى تلك الاهداف التي خصصها المشرع الدستوري في بعض الحالات كما اثبتنا أنه في حالة مخالفة المشرع لهذه القاعدة يجعل تشريعه معيبا في محله أو سببه ولن يكون معيبا بالانحراف على كل حال .

واما الرد على القول بأن الانحراف من شأنه ان يزيد القاضي الدستوري قوة في مواجهة المشرع فهو قول لا يقوم على سند حقيقي من

الواقع ذلك أننا سنحاول أن نبين فى هذا الباب مدى ما للقاضى من سلطان علي نصوص التشريع وعلى نصوص الدستور ذاتها عند قيامه بدوره الطبيعى فى تطبيق القانون وتطبيق الدستور وسيتضح لنا كيف ان القاضى العادى والادارى والدستورى بفرض عدم الاعتراف للثانى والثالث بسلطة بحث الانحراف الادارى والتشريعى - يملكون هيمنة كبيرة على النص الذى يطبقوته وهى هيمنة تميلها طبيعة الفصل بين السلطة التى تشرع وتلك التى تطبق القانون والدستور وسيتضح لنا كيف ان الكشف عن الانحراف الادارى أو التشريعى هو المجال الطبيعى والرئيسى لعمل القاضى بوصفه عنصرا فاصلا فى ترجيح وسائل الاثبات بعضها على بعض وهو ما يقوم به فعلا عند الكشف عن الانحراف التشريعى .

وعلى هذا سنتناول فى هذا الباب فى شئ من التفصيل عن طبيعة عمل القاضى عموما ثم نصل الى طبيعة عمل القاضى الدستورى وأثر هذه الطبيعة على عمله وأخيرا ستظهر لنا من خلال المقارنة مدى ما فى البحث عن الانحراف عموما والانحراف التشريعى خصوصا من بقاء للقاضى فى دائرة عمله دون أن يتطرق الى مجالات أخرى تخرجه عن نطاق عمله القضائى . وعليه سنتناول دور القاضى عموما فى تطبيق القانون ثم نتناول دور القاضى الدستورى .

الفصل الأول

دور القاضي في تطبيق القانون

إن وظيفة القاضى الأصلية هى الحكم بالعدل وهو يقوم بتطبيق القانون بخلقه ولم يكن متصورا إثارة مسألة خلق القضاء للقانون لو أن التشريع كان كاملا لا يشوبه أى نقص فلو افترضنا كمال التشريع بمعنى أن التشريع يحتوى على حل لكل نزاع يعرض أمام القضاء لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء وكانت الأفكار المصاحبة للثورة الفرنسية ترى فى التقنين حافظا لحقوق الإنسان وعاصما للفرد من تحكم القاضى فتعذر تصور مصادر أخرى للقواعد القانونية غير ذلك التشريع الذى أصدرته الأمة ممثلة فى نوابها وعزز هذا النظر غلو فى فهم مبدأ الفصل بين السلطات ساعدت عليه مساوئ نشأت فى العهد السابق على الثورة من جمع كل السلطات فى يد الملك ، مما استحال معه الاعتراف للقاضى بغير سلطة آلية فى تطبيق القانون باعطائه قدرا يسيرا من الحرية فى استنباط الحلول القانونية[1] ، وترتب على ذلك أن نالت المجموعة الفرنسية المدنية نوعا من التقديس لدى الفقهاء طيلة القرن الماضى جعلهم يحصرون القانون فى التشريع ويجعلون من الأخير المصدر الوحيد للقاعدة القانونية ويتحتم على القاضى من ثم أن يستخلص من النصوص كل الحلول اللازمة لما يرفع اليه من أقضية أو يعرض له من فروض ، فالتشريع اذا حسن فهمه وصح تفسيره كاف لضبط كل الروابط القانونية وينحصر علم

---

(١) د/ محمد حامد فهمى وحامد فهمى : النقض فى المواد المدنية التجارية - سنة ١٩٣٧ - ص٦٣.

القانون تبعا لهذا فى تفسير صيغة النص أو استجلاء قصد الشارع[١].

ومن هنا ظهرت نظرية كمال التشريع ومؤداها أنه لا يتصور أن يكون التشريع ناقصا بل هو شامل لجميع الحلول وهى من نتاج أصحاب المذهب الوضعى فى القانون[٢] وقد ساعد على استمرار نظرية كمال التشريع لفترة طويلة الخشية من القول بأن للقاضى سلطة تشبه سلطة المشرع عند وجود نقص فى التشريع ذلك أنه من الناحية العملية فان القواعد العامة للعلم القانونى توضح أن القاعدة القانونية كى يكتمل لها اساسها الاخلاقى يجب ان تكون عامة يتيسر للناس معرفتها سلفا قبل قيام النزاع بنشرها بطريقة أو بأخرى ، ويجب أن ينصرف أثرها للمستقبل لا الى الماضى وهذا صفات يصعب أن لم يستحيل توافرها لقاعدة يخلقها القاضى بمناسبة منازعة بعينها حيث أن مثل هذه القاعدة سوف تتأثر صياغتها بل وموضوعها بغير شك بدقائق المنازعة المطروحة ، فتفقد بذلك صفة العمومية ثم هى بعيدة عن علم الاطراف اذ أنها لم تنشر بل ولم توجد قبل قيام النزاع ومن ثم فان فى أعمال أثرها بصدد هذا النزاع صرفا لأثر قاعدة خلقت الآن على نزاع نشأ فى الماضى[٣].

ولكن هذه الاعتبارات لم تقف حائلا أمام الاعتراف بنقص التشريع

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : دروس فى مقدمة الدراسات القانونية ص ١٠٣ .

(٢) انظر فى نظرية كمال التشريع وعرض لها فى د/ محمد صبرى السعدى - تفسير النصوص فى القانون الخاص ، رسالة سنة ١٩٧٧ - ص ٣٩ وما بعدها . حيث يعرض لنظريتى الحيز القانونى الخالى ونظرية القاعدة العامة المانعة ، وانظر د/ سمير تناغو - النظرية العامة للقانون - سنة ١٩٧٣ - ص ٣٤٩ .

(٣) الاستاذ/ ابراهيم شحاته : مقال فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الثانية - بعنوان فى اجتهاد القاضى ص ٤١٧ .

ذلك أن هذا النقص تفرضه طبيعة الحياة وحوادثها المختلفة المتباينة فمهما كانت صياغة النصوص وقدرة المشرع فان التشريع مهما كانت درجة اتقانه لا يمكن أن يتضمن كافة الوقائع في الحياة لأن الحياة متشعبة النواحي ومظاهرها متجددة ، بينما التشريع حبيس النصوص وعليه كانت هذه الاعتبارات سببا في نشأة نظرية نقص التشريع[1].

ويمكن التقريب بين أصحاب نظريتي كمال التشريع ونقصه بالقول بأنه يوجد نقص في التشريع ولكن لا يوجد نقص في القانون ، فيوجد نقص في التشريع لأن المشرع لا يستطيع أن يضع القواعد التي تحكم كل المنازعات التي تقع في الحياة ولكن لا يوجد نقص في القانون لأنه في كل نزاع يعرض أمام القضاء ولا يكون له حكم في التشريع يوجد له مع ذلك حكم لدى القاضي الذي يجب عليه أن يحكم بالعدل في كل نزاع يعرض أمامه سواء وجد هذا الحكم في التشريع أو في غيره من مصادر أو استقاه مباشرة من جوهر القانون وهو العدل ولذلك يقال أنه مع وجود نقص لا شك عنه في التشريع فلا يوجد نقص بالنسبة للشخص الذي يطبق القانون ولذلك حرصت التشريعات المختلفة على توضيح المصادر التي يرجع اليها القاضي لتكميل هذا النقص في التشريع[2].

حيث يستمد منها الحكم الذي يؤدي به الى الفصل في النزاع القائم

---

(١) انظر د/ محمد صبري السعدني : المرجع السابق - ص ٤٢ ، وانظر تعليل الشهرستاني في كتابه الملل والنحل لنقض تشريع (النصوص متناهية والوقائع غير متناهية) اشار اليه في اصول الفقه د/ ذكريا البري - سنة ١٩٧١ ص ٦٩ ، وانظر في نظرية نقض التشريع اشارة ، د/سمير تناغو - في مرجعه السابق ص ٤٨٣ ، إلى أن ارسطو أول من قال بذلك .

(٢) Geny methode d'interpretation et sources en droit privé positife vol 3 1954 p 97.

أمامه ، ومن ذلك نص المادة السابعة من القانون المدنى النمساوى الصادر فى ١٨١١ التى تنص على أنه اذا لم يتيسر حل المسألة المتنازع عليها لا وفقا للنص ولا وفقا للمعنى الطبيعى للتشريع وجب الرجوع الى الحالات المشابهة فى التشريع والى أسباب التشريعات الأخرى فاذا ظلت الحالة المتنازع عليها مع ذلك دون حل وجب الفصل فيها وفقا للقواعد الأساسية للقانون الطبيعى ومن ذلك أيضا نص المادة ١٢ : ٢ من القانون المدنى الايطالى الصادر عام ١٩٤٢ ، حيث تذهب الى أنه اذا لم يوجد نص فى التشريع يرجع القاضى الى النصوص التى تنظم الحالات المشابهة ، فاذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فانه يحكم وفقا للمبادئ العامة فى النظام القانونى للدولة ويستند بعض الفقهاء[١] الى النص الوارد فى المادة الرابعة من القانون المدنى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٤ للقول بحق أنه يتضمن أحالة للقاضى للفصل فى الدعوى فيما اذا لم يكن هناك نص يسعفه حيث ان النص المذكور يعاقب القاضى لارتكابه جريمة انكار العدالة اذا رفض الحكم بحجة سكون النص أو غموضه أو عدم كفايته .

ومن ذلك أيضا ما نص عليه القانون المدنى السارى فى المادة ١ فقرة ٢ منه اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة وهناك نص اعتبره الفقهاء نصا جريئا يجعل من القاضى مشرعا فى حالة نقص التشريع وهو نص المادة الأولى من التقنين المدنى السويسرى الصادر سنة ١٩٠٧ حيث تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى منه ، على أنه فى حالة عدم وجود نص قانونى

---

(١) د/ محمد صبرى السعدى : المرجع السابق - ص ٤٧ .

يمكن تطبيقه يحكم القاضي طبقا للعرف ، وفي حالة عدم وجود عرف فيحكم وفقا للقواعد التى كان يضعها لو كان عليه أن يقوم بعمل المشرع[١] ، على أن حقيقة دور القاضي في حالة نقص التشريع توضح بجلاء أن وظيفته هي وظيفة خلاقة للقانون بما يستوى معه الاحالة الى ما كان المشرع سوف يضعه من قواعد اذا عرضت له الحالة المعروضة أمام القضاء وبين الاحالة للقانون الطبيعي وقواعد العدالة بل اننا سوف نحاول أن نوضح أنه حتى في الاحالة لقواعد العرف والشريعة الإسلامية مثلا هناك دور خلاق للقاضي يستوى مع دور المشرع في هذه الحالة .

(١) انظر النص الفرنسي في د/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق - ص ٥٠ .

المبحث الأول

القضاء ومصادر القانون (غير التشريع)

القاضي في القانون المصرى يرجع الى العرف والشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي في حالة عدم وجود نص في التشريع ولكن ما مدى سلطته ازاء هذه المصادر ؟

الفرع الأول

القاضي والعرف

العرف هو سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها الزاما قانونيا فهو اطراد العمل بين الناس وفقا لسلوك معين اطرادا مقترنا باحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك[1]، واذا كان هناك خلاف في الفقه حول أساس القوة الملزمة للعرف[2]، واذا كان المجال لا يتسع لشرح أوجه الخلاف أو الاتفاق حول القوة الملزمة للعرف ، فان مذهبنا وهو ما سوف يطرد عليه اتجاهنا في هذه الرسالة وهو البحث عن نقطة الالتقاء أو الاتفاق التي يكون الرأى فيها أقرب الى اجماع الفقهاء ، هذه النظرة تبتعد عن الخلاف بين أن يكون العرف كمصدر للقانون يستمد قوته الملزمة من ارادة المشرع الصريحة أو الضمنية وانما نجد أن الواقع يفصح عن أن للقاضي دورا عظيما بالنسبة للعرف فالقضاء اذا تهاون في تطبيق العرف أو انكر عليه طبيعته القانونية كما يفعل القضاء الفرنسي والمصرى عندما يعتبر العرف من مسائل الواقع التي يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها ومن

---

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٤٢٤ .

(٢) راجع هذه الآراء في د/ سمير تناغو - ص ٤٤٩ .

المتصور أن ترفض المحكمة العليا فرض رقابتها على المحاكم الدنيا فى تطبيق العرف كما تفعل محكمتا النقض المصري والفرنسية من شأن هذا أن يؤثر فى فعالية العرف وبالتالى فى وجوده ، كما أن القضاء قد يعمل على الكشف عن وجود العرف ويحدث هذا عندما يكون العرف قد قارب على التكوين ولم تحدث مع ذلك بشأنه منازعات أمام القضاء . فاذا رفعت منازعات بعد ذلك وصدرت أحكام من القضاء تؤكد وجود العرف فان هذه الاحكام تكون بمثابة الضوء الذى يكشف عن وجود قاعدة قانونية سبق تكوينها ونفاذها وكذلك فان القضاء يسهم فى اثبات العرف ، فهذه القواعد تتكون بالتدريج داخل المجتمع وكثيرا ما يثور الشك حول وجودها ، ولكن هذا الشك يتبدد بمجرد صدور أحكام من القضاء تثبت وجود العرف وتؤكد نفاذه والقضاء كذلك يلعب دورا في تفسير العرف فهو بحسب طبيعة تكوينه يحتاج إلي مجهود كبير لاجلاء غموضه وتحديد نطاقه وبيان شروط تطبيقه وآثاره[١] .

بعد هذا البيان لدور المحاكم في اعطاء الغرف صفته كقاعدة واجبة الاتباع لا يجوز لنا البحث عن المفاضلة بين الآراء الفلسفية حول دور المحاكم فى خلق العرف أو عدم خلقه ذلك أننا فى نطاق البحث على حقيقة الواقع فى حياتنا القانونية لا يجب الوقوف الا عن اعتبارات الواقع التى تفصح لنا عن ان القاضى هو صاحب القول الفصل فى اعطاء العرف لقوته الملزمة فى العمل ولا مراء فى أن هذا الدور يشبه دور المشرع فى التشريع، فالعرف اذا كان يستكمل مقومات وجوده عن توافر عنصريه المادى والمعنوى ، فان القضاء (ممثلا فى محكمة النقض) هو الذى يسبغ عليه

---

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٤٥٦ .

الصفة القانونية كعرف واجب الاتباع فى الحالات المتماثلة وذلك باعترافه به وتحديده لعناصره ويمكن تصور وجود قاعدة عرفية تتجاهلها المحاكم أو تنكر عليها صفة القاعدة القانونية أو يعجز الخصوم عن اثباتها فأى قيمة قانونية لها حتى ولو اكتملت عناصرها؟ فمثل القواعد العرفية كمثل قواعد القانون الطبيعى والمشرع يأخذ كلاهما من هذه القواعد ما يتراءى له ويجعل المشرع قاعدة قانونية واجبة الاتباع ويجعلها القاضى واجبة الاتباع فى الحالات المتماثلة التى تعرض امامه كذلك ولم يقل أحد ، أن المشرع هوخالق للقانون الطبيعى كذلك ليس هناك من معنى للخلاف حول القاعدة العرفية وانما يكمن البحث فى القوة التى تعطيها الخصائص التى تبرزها كقوة واجبة الاتباع ، فهى فى التشريع قوة المشرع وفقا للقواعد الدستورية وهى بالنسبة للعرف قوة المحاكم ما تقرره بشأنها بوصفها المهيمنة على حل المنازعات فتختار ما يتراءى لها من هذه القواعد ولذلك فان ما قاله كلسن ليس بعيدا عن الواقع حيث ذهب الى أن العرف قانون غير مكتوب يحتاج فى تطبيقه على الحالات الخاصة الى قرارات مكتوبة هى أحكام القضاء[١].

(١) كلسن : النظرية الخالصة للقانون ، داللوز - باريس - سنة ١٩٦٢ ص ٣٠٦ ، وانظر د/سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٤٥٦ ، وانظر رأى د/ سمير تناغو فى أساس القوة الملزمة للعرف ورفضه لفكرة خلق المحاكم لها .

الفرع الثانى

القاضى والشريعة الإسلامية

قد يأخذ الشارع ببعض أحكام الشريعة الإسلامية ويدمجه فى القوانين - كأحكام بيع المريض مرض الموت وأحكام النفقة مثلا حينئذ يرجع فى تفسير وتطبيق تلك النصوص الى نفس المصادر التى يرجع اليها عند تطبيق وتفسير القانون ولكن المقصود هنا هو تلك الاحالة الى الشريعة الإسلامية لبحث القاضى فيها عن الحل الواجب الاتباع للنزاع المعروض أمامه اذا لم يجد نصا أو عرفا يسعفه وهنا يظهر دور القاضى أيضا حيث يعمل على ايجاد الحل بين أراء فقهاء الشريعة واذا علمنا مدى تعدد آراء الفقهاء واختلافهم وتباينهم فى مجال الشريعة ليبرز لنا مدى الدور الخلاق للقاضى فى هذا الخصوص ويشير بعض الفقهاء الى أن واجب القاضى هو الأخذ بأرجح الآراء وأكثرها احماعا[1] ، ومن هنا اتسعت سلطة القاضى فى الأخذ بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية ، وكان قضاؤه وفقا لمذهب معين أو رأى معين وصادقت عليه المحكمة العليا كمحكمة النقض في مصر مضيفا القوة اللازمة لنفاذ هذه القاعدة ولقد كانت هذه الصفات التى تميز الشريعة الإسلامية (كثرة وتباين الآراء حول العديد من المسائل وعدم وجود حلول قاطعة متفق أو مجمع عليها فى كثير من الأحيان) سببا فى ذهاب بعض الفقهاء الى أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من مصادر القانون وانما هى لا تصبح قاعدة قانونية الا اذا أخذ بها المشرع نفسه ذلك أنه بالرجوع الى المصادر التاريخية والأعمال التحضيرية للقانون المدنى نجد أن مبادئ الشريعة الإسلامية التى يرجع اليها القاضى هى المبادئ الكلية التى لا

(١) د/ محمد حامد فهمى ، حامد فهمى : النقض فى المواد المدنية والتجارية - سنة ١٩٣٧ - ص٨١.

يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة وهذه المبادئ لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية فى الشريعة الإسلامية وهذه الأفكار الجوهرية هى المعتبرة كجزء من المبادئ العامة للقانون المصرى واذا وقع تعارض بين مبدأ ومبدأ آخر فان المبادئ المستمدة من الشريعة الإسلامية تكون لها الأولوية على المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى وقواعد العدالة وسبب ذلك أن مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر تحديدا من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعى[١] .

وعلى الرغم من أن هذا الرأى فيما انتهى اليه من تفضيل لقواعد الشريعة الإسلامية على تلك التى يحتويها القانون الطبيعى أو قواعد العدالة وهوما يتفق مع نص المادة الأولى فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى الا أن تكييفه لهذه القواعد باعتبارها جزءا من المبادئ العامة للقانون المصرى ، فهو يختلف مع أغلب الفقه فى أن قواعد الشريعة تعد مصدرا من مصادر القانون إلا ان ذلك يرجع الى تصوره للفصل الدقيق بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون فى أن الأخيرة لا تخلق قواعد قانونية وضعية بل تسبق خلق هذه القواعد لأن المصدر الوحيد للقانون الوضعى عنده هو ارادة الدولة[٢] ، وعلى الرغم أنه لا محل لمناقشة هذا الرأى هنا الا أن لهذا الرأى الفضل فى توضيح مدى الاجتهاد الذى يبذله القاضى فى استنباطه لهذه الأحكام من خلال المبادئ العديدة التى تزخر بها الشريعة الإسلامية ، وإن هذا الجهد المبذول فى استنباط القواعد من خلال القانون الطبيعى وقواعد العدالة مما يبرز دور القاضى فى خصوص استنباطه للأحكام من الشريعة الإسلامية .

---

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٢٦٥ وما بعدها .
(٢) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٢٥٦ .

الفرع الثالث

القاضى والقانون الطبيعى وقواعد العدالة

تعنى مبادئ القانون الطبيعى مجموعة القواعد التى يستخلصها العقل البشرى من طبيعة الروابط الاجتماعية وهى عند المتقدمين من الفقهاء نظام قانونى كامل يجب على الشارع أن ينقله الى قانونه الوضعى ولكنه فى نظر المحدثين منه قلة من المبادئ العامة التى يجب أن تهيمن على التشريع الوطنى ويميل أكثرهم الى تركيز هذه المبادئ فى فكرة العدل(١) ، ويذهب بعض الفقهاء فى اعتناق مذهب القانون الطبيعى حداً بعيدا حيث يذهب الى أن القانون الطبيعى هو المرجع الذى يستلهمه الشارع فى وضع مواد القانون الوضعى وهو عدل مصنوع لا يمكن أن يصل الى مستوى العدل الطبيعى أو العدل فى ذاته ومع ذلك فيجب أن يسعى القانون الوضعى الى الاقتراب من القانون الطبيعى والقاضى عندما يحكم بالعدل فى نزاع لا يوجد بشأنه حكم فى قواعد القانون الوضعى فهو يستوحى فى الواقع نفس المرجع الذى يستقى منه الشرع فى وضع القوانين . وعليه فالمقصود بالرجوع الى القانون الطبيعى استلهام ذات الجوهر الذى يستلهمه فى وضع النصوص التشريعية(٢) .

والعدالة هى شعور غريزى يدفع الى اختيار أفضل الحلول وأكثرها

---

(١) د/ السنهورى وأبو ستيت : مبادئ القانون ص ٩ ١ ، وانظر فى القانون الطبيعى د/ جمال زكى - المرجع السابق - ص ٥٠ ، وانظر د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٢٢٢ ، وانظر دبجى فى مطولة فى القانون الدستورى - الجزء الأول - الطبعة الثامنة ص ٢٠١ ، وانظر دراسة فلسفية لنظرية القانون الطبيعى فى العصر الوسيط . د/ محمود السقا - مجلة مصر المعاصرة - أكتوبر سنة ١٩٧٦ - السنة ٦٧ - ص ٢٧ .

(٢) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٢٤٠ .

اتفاقا مع الغرض من النظام القانونى ، فالعدالة هى تحقيق العدل فى حالة خاصة وذلك بتطبيقه على واقعة معينة أو حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقا لظروفها الخاصة والواقع أنه لا توجد للعدالة قواعد لأن ما هو عادل لا يظهر الا عند النظر فى حالة خاصة ورسم الحل لها وعندئذ فقط يمكن وصف الحل بأنه عادل أو غير عادل ، فالعدالة تنبو بطبيعتها على أن تكون حبيسة قاعدة مجردة ، وتتنافر كل التنافر مع - الحكم الذى تحتويه تلك القاعدة وذلك أن العدالة تصطنع الحكم الذى يتناسب مع الوضع المحسوس وهذا لا يتصور تصورا منطقيا وعقليا الا اذا عرض هذا الموضوع فعلا فى نطاق الحياة العملية[1] على أن الشارع لا يعطى القاضى باحالته الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة مجموعة القوانين التى يستقى منها الحلول عند قصور المصادر الرسمية انما يعين له موجها يحدد نشاطه الذهنى فى اختيار تلك الحلول ويمنعه من أن يتأثر وهو فى هذا السبيل بميوله ونزعاته الخاصة وان يستمدها من وحى مثله العليا الشخصية وبمعنى آخر تلك العبارة لا ترد القاضى الى ضابط معين وانما هى ملزمة برأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص[2] ، وكانت الحاجة الى وضع ضوابط موضوعية لقواعد القانون الطبيعى والعدالة وراء اجتهادات الفقه فى البحث عما يسمى بالمبادئ العامة فى قانون الدولة وهى المرادف لقواعد القانون الطبيعى والعدالة أو بمعنى آخر هى تعبير موضوعى عنها وقد اشار اليها القانون المدنى الايطالى فى المادة ٢/١٢

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - ص ١٣٦ ، نقلا عن د/ حسن أحمد بغدادى - فى مذكراته المطبوعة على الآلة الكاتبة - ص ١٣٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية - جـ١ ص ١٨٨ .

سالفة البيان وتسمى تارة بالمبادئ العامة للقانون فى الدولة[١] ويقصد بها تلك المبادئ التى تعبر عن الفلسفة العامة السائدة فى مجتمع معين وهى الأفكار التى تصدر عن الفكرة العامة للوجود. أو عن القصور للكون والحياة فى مجتمع معين والتى تؤدى الى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التى تنظم سلوك الاشخاص فى هذا المجتمع[٢].

وهذه المبادئ يمكن ارجاعها فى مصر مثلا الى النظرة العامة للوجود السائد فى مصر وهى تلك النظرة التى تؤمن بوجود الله وبالعدل المطلق وتؤمن بوجود مبادئ أخلاقية طبيعية مطلقة وتؤمن بقوة العقل الإنسانى وقدرته على اكتشاف المبادئ السامية للأخلاق والنظرة العامة للوجود الغالب فى فرنسا هى نظرة غربية قائمة على أساس التقاليد اليونانية الرومانية المسيحية وتتفق تلك النظرة مع النظرة السائدة فى مصر مع غيرها من الدول المتمدينة فى اشتراكهم فى فكرة الحضارة ، وهى تقوم على احترام العقل الإنسانى واحترام كرامة الإنسان وآدميته[٣]، وهذه المبادئ العامة من الصعب تعريفها وان كان من السهل التعرف عليها عند مخالفتها[٤].

ويجمع الفقهاء على أن أقوى تعبير عن هذه المبادئ هى تلك التى أمكن للإنسان استخلاصها من القانون الطبيعى والتى جاءت فى الاعلان

---

(١) انظر فى ذلك ريبير : القوى المخالفة للقانون ص ٣٣١ - باريس ١٩٥٥ ، وانظر عرضا لآراء ريبير فى د/ عصفور - مذاهب المحكمة الادارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع ص ٢٢١ ، د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٢٤٦ .

(٢) انظر د/ ريبير : المرجع السابق - ص ٣٣٢ .

(٣) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٩٤ ، ٢٤٨ .

(٤) ريبير - المرجع السابق - ص ٣٤٢ .

العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى الأمم المتحدة فى ١٩٤٨/١٢/١٠[١]، ويطلق بعض الفقهاء على هذه المبادئ جوامع الكلم الفقهية وهى التى استنبط أئمة الفقه معناها الجامع من الأصول الفقهية والأحكام الشرعية المنشورة فى أبواب القانون المختلفة ثم جرت منه مجرى الأصول وشهدت بصدقها تلك الفروع ومنها قاعدة أن شكل العقد يحكمه قانون محل حصوله وقولهم ان الاشياء المعينة خاضعة لحكم قانون موقعها وقولهم الغش يفسد كل شئ والغرم بالغنم[٢].

من هذا العرض السابق يبين لنا الى أى حد يظهر دور القاضى الخلاق فى استنباط القواعد القانونية التى يقوم من خلالها بحل المنازعات التى تعرض عليه والتى لا يكون هناك نص بشأنها ومن هنا كان وجود محكمة النقض على رأس هذا القضاء ضابطا لما تستلهمه المحاكم من المصادر الأخرى للقانون نظرا لعدم تحديد هذه المصادر ولها نفس الدور فى نطاق تفسير القانون وتطبيقه على ما سنعرض له لاحقا وان كان يهمنا القول بأن بعض الفقهاء يذهبون الى أن القاضى عند رجوعه الى المصادر الأخرى للقانون تكون هذه المصادر لا القضاء هى مصدر ما انتهى اليه القضاء من قواعد[٣]، وهو قول لا يجد له سند من الواقع على نحو ما عرضنا فان القاضى باستنباطه لهذه المبادئ يقوم بعمل خلاق يوازى تماما ما يقوم به المشرع عند استنباطه للقواعد التى يضمنها تشريعه ولم يقل أحد أن هذه

---

(١) انظر د/ عصفور : المرجع السابق - ص ٢٣٣ ، د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٢٥٣ ، د/ السنهورى - ص ٢٤٠ .

(٢) د/ حامد فهمى ، د/ محمد حامد فهمى : المرجع السابق - ص ٨٠٩ ، وانظر باقى الامثلة الكثيرة فى هذا المرجع د/ شمس الدين الوكيل - نظرات فلسفة القانون - مجلة عين شمس للبحوث القانونية والاقتصادية - ص ٧٥ سنة ١٢ .

(٣) د/ السنهورى وأبو ستيت : المرجع السابق - ص ١٤٢ .

المبادئ العامة التى يدخلها المشرع كتشريع نافذ مصدرها مبادئ القانون الطبيعى دون المشرع وقد دفع هذا الرأى الى ما ذهبت اليه تلك الفكرة المستمدة من الفقه والقضاء الفرنسى ومؤداها ان القاضى انما يطبق التشريع ولا يخلقه متأثرة بالأساس التاريخى عن سيادة البرلمان كمعبر لسيادة الأمة ولمبدأ الفصل الجامد بين السلطات الذى لا يستطيع كثير من الفقهاء فى مصر الخروج عنه . ولذلك عودة لنا فى ختام هذا الفصل ولكن يهمنا هنا القول بأن دور القاضى هو دور خلاق يوازى تماما دور المشرع ، ولكن نظرا لطبيعة دور القاضى والتى تختلف عن عمل المشرع كان الخلاف حول خصائص القاعدة التى يستنبطها القاضى وتلك التى يستنبطها المشرع ، فالأولى تتميز بالخصوصية لأنها تتعلق بنزاع معين وهى لذلك غير عامة وغير مجردة وان كانت من الحكمة أن تطبق بانتظام واطراد ومن هنا يمكن القول أنه الى جانب التشريع يكون القضاء مصدرا احتياطيا للتشريع خاصة فى ظل المبادئ التى تستنبطها محكمة النقض ويمكن للمحاكم اتباعها ونقصد بالقضاء كمصدر احتياطى ان جميع القواعد التى يستنبطها القضاء من غير التشريع يعطيها التطبيق العملى للمحاكم القوة الملزمة لترفع الى مصاف القواعد القانونية ولكن فى خصوصية النزاع واذا كان هذا البحث يعنى بالجدل حول مركز القضاء بين مصادر القانون المختلفة ، فانه يكفيه ان يتبين أنه أهم مصدر للقانون بعد التشريع وان ستر دور القضاء تحت ستار العرف أو مبادئ الشريعة أو القانون الطبيعى انما هو ترديد لما استقر فى الفقه من أن القاضى ليس له سوى تطبيق القانون كما ان هذا ترديدا للقاعدة دون اهتمام بالواقع الفعلى ، والآن حق لنا أن نبحث عن دور القاضى بالنسبة للتشريع .

المبحث الثاني

دور القاضي في تفسير وتطبيق التشريع

واذا كانت حقيقة الواقع تؤكد على أهمية دور القضاء عن مصادر القانون الأخرى فما هو مركز القاضي بالنسبة للتشريع وهو لا يملك سوى تفسيره وتطبيقه وبمعنى آخر ما هو دوره في هذا التفسير والتطبيق؟ وهل هو دور آلي كما اطرد الفقه المتمسك بمدرسة الشرح على المتون بذلك أم أن له دورا يجعل لتفسيره وتطبيقه أثرا بالغا على التشريع؟

فلا يمكن تطبيق القانون قبل تفسيره وكل تطبيق للقانون يتحلل الى عنصرين المعاينة والقرار . والمعاينة هي ادخال النزاع المعروض أمام القاضي في الفرض الخاص باحدى القواعد القانونية أما القرار فهو اعمال الحل الموجود في هذه القاعدة على النزاع المذكور والمرحلة الأولى وهي مرحلة المعاينة لابد أن تسبقها عملية تفسير للفروض الخاصة بكل القواعد القانونية ، ولابد أن تسبقها أيضا عملية تكييف للنزاع المعروض أمام القاضي بما يسمح بادخال هذا النزاع في الفرض الخاص باحدى القواعد المذكورة بحسب ما انتهى اليه القاضي في تفسير هذا الفرض أو غيره[1].

وعليه فعملية تطبيق القانون تتطلب تفسيرا للتشريع وتكييفا للوقائع المعروضة أمام القاضي .

---

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٧٤٤ .

الفرع الأول

سلطة القاضى فى تفسير التشريع

ان طرق تفسير التشريع متباينة تبعا لاختلاف مدارسه وهذه تختلف طبقا لاختلاف النظر فى بيان أصل القانون وأساسه ولذلك فان الصلة وثيقة بين النظريات التى قيلت فى طبيعة القانون وبين الأسلوب الذى يتبع فى تفسيره[(١)] .

ولما كان الغرض من البحث هو معرفة حقيقة سلطان القاضى فى تطبيق النصوص وجب بحث ما انتهى اليه الفقهاء فى خصوص دور القاضى عند تفسير النص وفقا لمذهب نظرية الشرح على المتون . فهذه المدرسة بالاضافة الى انها السائدة فى مصر وفرنسا ، إلا أنها تلغى عمل القاضى تماما فالبحث فى طبيعة دور القاضى فى ظل تفسيره المتميز على مسلك هذه المدرسة سيوضح بجلاء الى أى حد بلغت هذه المدرسة من التستر على الواقع والابتعاد عنه ومحاولة اخفائه فوفقا لهذه المدرسة فان القاضى هو مجرد تابع لنية المشرع وارادته ولا يجوز أن تكون له نية وارادة مستقلة عنه وهذا مخالف لحقيقة الواقع ولا تبلغ المدارس الأخرى مبلغ هذه المدرسة فى نظرتها لانكار أى صفة للقاضى أو تدخله فى تفسير النصوص وعليه كان البحث عن حقيقة ما تنادى به له أثر هام على توضيح دور

(١) انظر عرضا لهذه المذاهب فى ديجى مطول فى القانون الدستورى جـ١ ط ٣ لسنة ١٩٧٣ - ص ١٠٠ ، د/ محمد خيرى السيد - المرجع السابق - ص ١١٧ ، ص ٢٤ ومن هذه المذاهب المدارس التشكيلية فى تكوين القاعدة القانونية والمذاهب الاجتماعية والمذاهب المختلفة والمدرسة العلمية والتاريخية فى التفسير .

القاضى فى تفسير القانون وأثر هذا الدور ، فما هو حيقيقة الواقع العملى لدور القاضى فى التفسير؟

يذهب بعض الفقهاء الى أنه لا محل للتفسير مع وضوح النص[١] الا أن بعضا من الفقه يرى بحق أن فى ذلك مصادرة على المطلوب ، لأن عملية التفسير هى التى تحدد وضوح النص أو غموضه كما ان تقرير وضوح النص أو غموضه هو عملية تقييم شخصى يختلف باختلاف ذكاء المفسر وفطنته وقد يكون النص واضحا أمام مفسر وغامضا بالنسبة لآخر أقل منه فطنة كما ان القول بوضوح النص لا يستقيم وما اطرد عليه الفقه من وجود وسائل تفسير داخلية بما يعنى ان المناط ليس الا مجرد وضوح اللفظ وانما وضوح النص كاملا وهذا ما يتطلب وجود اتساق بينه وبين باقى عناصر والفاظ النص بما لا يمكن معه القول مقدما بوضوح النص أو غموضه[٢].

ويعنى التفسير الداخلى للنص هو استخدام ما ينطوى عليه التشريع نفسه من الفاظ لامكان استخراج المعنى منها ويشمل أيضا المعنى المستفاد من روح النص وفحواه والتفسير اللفظى يعنى استنباط المعنى من الفاظ النص وفقا لوضعها للمعانى فى اللغة ويجب على المفسر فى تفسيره اللغوى أن يستند الى المعانى اللغوية للكلمات وان يأخذ فى الاعتبار تراكيب الكلام فى اللغة ويجب على المفسر أن يعرف المعنى الخاص بتطور اللغة باعتبار أن اللغة جهازا متطورا مستمر التطور ويستعين فى ذلك بالعامل التاريخى حيث يجب أن يوضع فى الاعتبار الجمهور الأصلى الذى وجه اليه ذلك الخطاب والأصل أن الألفاظ يجب أن تفهم طبقا لما تدل عليه

(١) د/ السنهورى وأبو ستيت : المرجع السابق – ص ٢٤٠ .
(٢) د/ محمد صبرى السعيد : المرجع السابق – ص ٢٩ .

فى اللغة من المعانى ولكن فى كثير من الأحيان يكون للفظ معنى اصطلاحى علاوة على معناه اللغوى وهنا يجب التقيد بالمعنى الاصطلاحى مثل ذلك لفظ الزنا فالمقصود به العلاقة المحرمة والتى يكون أحد طرفيها متزوجا بخلاف المعنى اللغوى الذى يدل على كل اتصال بين رجل وامرأة دون زواج ، وعلى المفسر ألا يفهم كل لفظ على حدة وكل عبارة من عبارات النص مستقلة عن غيرها بل يجب عليه بعد تفهم الالفاظ والعبارات استخلاص المعنى من مجموعة عبارات النص وارتباط كل منها بالأخرى[١].

وبعد فهم النص عن طريق فهم ألفاظه أمكن بعد ذلك استخراج الحكم القانونى ويتحقق ذلك عن طريق نفس الفاظ النص وهيئته التركيبية وهى التى تسمى دلالة المنطوق ويقصد بها دلالة اللفظ على حكم شئ مذكور فى الكلام ، وهذا الحكم قد يستفاد من النص اما عن طريق عباراته أو عن طريق اشارته ومقتضى عبارة النص ما يفهم من صيغة النص من معنى متبادر الى الذهن بمجرد فهم الفاظ النص ومقتضى اشارة النص المعنى الذى لم يقصد الشارع اليه من ابراز النص ولكنه مع ذلك معنى لازم للنص لا ينفك عنه فاشارة النص هى دلالة على معنى الزامى لم يقصد من الكلام قصدا أصليا وهو ما يحتاج فى ادراكه الى شئ من التأصل والنظر لعدم كونه المعنى المتبادر الى الذهن بمجرد قراءة النص ، ومن أمثلة دلالة الاشارة فى القانون المدنى ما كانت تنص عليه المواد من ١٥٥ - ١٥٧ من القانون المدنى القديم فى أحكام النفقات ، فيفهم من عبارة كل مادة من هذه المواد حكم موضوعى من أحكام النفقات سعت المادة لبيانه ويفهم من

(١) د/ عبدالمنعم البدراوى : مبادئ القانون ١٩٧٢ - ص ١٤٣ .

اشارتها اختصاص المحاكم الأهلية بالقضاء بها لأنه يلزم من النص عليها فى القانون المدنى وجوب تطبيق المحاكم لهذه الأحكام فهذا الاختصاص معنى لازم وإن كان غير مقصود من سياق المواد ، ولكنه مفهوم بطريق الاشارة[١].

ولكن قد يتضح المعنى المقصود من اللفظ نظرا لغموضه ومعنى ذلك أن يحمل اللفظ على أكثر من معنى واصبح على القاضى ان يختار المعنى الذى قصد اليه المشرع ومن ذلك ان يكون اللفظ خفيا أى يدل على معناه دلالة ظاهرة ولكن فى انطباق معناه على بعض الافراد غموضا وخفاء لزيادة أو نقص فيها عن المعنى المعبر به باللفظ الاصلى ومن أمثلة الخفاء تطبيق جريمة السرقة على سارق التيار الكهربائى ومرجع الخفاء أن الشارع قد عرف السرقة بأنها اختلاس منقول مملوك للغير والمقصود بالمنقول عبارة هو الشئ المادى الذى يمكن نقله من مكانه فآثار تطبيق السرقة بالنسبة للتيار الكهربائى فى بعض الصعوبة وانتهت محكمة النقض الى اعتباره كذلك لتوافر خصائص المنقول فيه[٢].

وقد يكون اللفظ مشكلا أى موضوع لأكثر من معنى واحد فهو لايدل بطبيعته عن المراد منه بل لابد من قرينة خارجية تحدد ما يراد منه ، ومثال ذلك لفظ الليل الذى جعله المشرع ظرفا مشددا لعقوبة السرقة فلم يرد فى التشريع تعريف الليل اذ قد يراد به الليل بمعناه الفلكى أى الفترة من اليوم المحصورة بين غروب الشمس وشروقها وقد يراد به أيضا الفترة التى يسود فيها الظلام فعلا وبهذا المعنى الثانى أخذت أحكام القضاء المصرى فى أول

---

(١) د/ عبدالمنعم البدراوى : المرجع السابق – ص ١٤٥ .

(٢) د/ عبدالمنعم البدراوى : المرجع السابق – ص ١٥٢ .

الأمر واعتبرت الليل الفترة التي يخيم فيها الظلام بالفعل اذ هي الفترة التي تتوافر فيها حكمة التشديد نظرا لما تبعثه في نفس الناس من الرهبة ونظرا لما يهبه الظلام للجاني في تسهيل ارتكاب الجريمة ، ولكن محكمة النقض عادت الى الأخذ بالمعنى الأول ، فقررت أنه المقصود بالليل هو الليل الفلكي المحصور بين غروب الشمس وشروقها[١]. وليستطيع المفسر القضاء على هذا الغموض يستعين بعدة وسائل منها حكمة التشريع أو روحه والمقصود منه والهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية والتي تهدف الى تحقيقه فهي المصالح التي استهدف الشارع حمايتها والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي دعته اليه[٢]، ولذا قيل أن البواعث التي ادت الى وضع القانون هي بروحه بل هي كل القانون، ومن الامثلة على الاستعانة بحكمة التشريع لفظ الليل في تفسيره الأول عند محكمة النقض . كما يرجع المشرع الى المصادر التاريخية ، وهي المصادر التي استقى منها المشرع نصوص التشريع والرجوع اليها يساعد في كثير من الأحوال على التعرف على قصد المشرع من النصوص ومثال ذلك ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المصرية من أن حق الشفيع لا يورث فاذا مات الشفيع قبل الأخذ بالشفعة فلا يجوز لوارثه أن يطالب بها وقد رجع الفقهاء في ذلك الى المصدر التاريخي للتشريع المصري في الفقه وهو الشريعة الإسلامية والرأي الراجح في المذهب الحنفي[٣].

---

(١) انظر أحكام محكمة النقض في ٢٢ يناير ١٩١٠ - المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢ . وانظر نقض ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٧ - مجموعة محمو عمر - جـ١ رقم ٤٠٧ ص ٣٩١ .

(٢) السنهوري وأبو ستيت : المرجع السابق - ص ٢٤٨ .

(٣) د/ محمد صبري السعدي : ص ١٨٢ مشار اليه في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ - المجموعة ٣١ رقم ١١ - ص ١٧٢ .

وقد يلجأ القاضى الى الاعمال التحضيرية وهى التى سبقت التشريع وعاصرت اعداده وهى تتضمن الوثائق والمذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية ومحاضر جلساتها وأعمال اللجان التى وكل اليها دراسة مشروعات التشريع وتقاريرها وهى مجرد وسائل لمساندة القاضى كى يتعرف على ارائه التشريعية دون أن يكون ملزما فى الرجوع الى هذه الأعمال والأخذ بها فى سد ما نقص من التشريع[١].

هذه هى أحوال معالجة النص فى حالة غموضه ويذهب الفقهاء الى الحاق حالة نقص التشريع بحالات تفسير النص فيعرفون تفسير التشريع بأنه توضيح ما أبهم من الفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة[٢]، وهذا التعريف للتفسير انما يتضمن جزءا كبيرا من عمل القاضى فى تطبيق القانون دون تفسيره ذلك أن مقتضى التفسير هو عملية عقلية علمية للكشف عن مصدر الارادة التشريعية من النص[٣]، ولذلك كان التفسير عند الفقه التقليدى المصرى يتضمن تكملة النص وازالة غموضه فى حين أننا نرى أن التفسير الحقيقى انما يكون باظهار الارادة الصريحة للمشرع دون غيرها وهو مالا يتحقق الا فى حالة النص الواضح الصريح اما فى حالة غموض النصوص أو تناقضها فان عمل القاضى فى البحث عن ارادة المشرع الضمنية أو المفترضة هو تحميل المشرع ما لا يطاق وبيان ذلك أنه فى كثير من الحالات تتباين الحلول التى تأخذ بها المحاكم أزاء اجتهادها فى تفسير النصوص الغامضة

---

(١) انظر آراء الفقهاء فى الأخذ بهذه الأعمال وعدم الأخذ بها . د/ محمد صبرى السعدى – المرجع السابق – ص ٢١٧ .

(٢) د/ السنهورى وأبو ستيت : المرجع السابق – ص ٢٣٥ .

(٣) د/ محمد صبرى السعدى : المرجع السابق – ص ٢١١ .

مثلا كلفظ الليل سابق البيان فقد شهدنا له أكثر من معنى فأيهما هو المعبر عن ارادة المشرع كما أن من الفقهاء من يوافق فعلا على الأخذ بمفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة للعمل على ايجاد الحل الواجب الاتباع(١).

فى حين أن كلا من مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة هى من الوسائل البينية الدلالة على أن نية المشرع هذه لم يكن لها وجود ذلك أن مفهوم الموافقة وهو القياس يعنى أن يستنبط المفسر حكما غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحادها فى العلة . ومن ذلك ان القانون قد اجاز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض الذى يحكم به على المدين اذا كان الدائن قد اشترك معه فى احداث الضرر (المادة ٢١٦ مدنى) ولكن لم ينص علي حالة ما اذا كان هناك سبب أجنبى قد اشترك مع خطأ المدين فى احداث الضرر لما كانت العلة تتحقق فى الحالة الثانية غير المنصوص عليها مثلما قد تتحقق فى الحالة الأولى التى نص عليها لزم ان تأخذ الحالة الثانية حكم الحالة الأولى(٢).

هناك أيضا الاستنتاج من باب أولى أو قياس الأولى وهو ان تكون هناك حالة منصوص عليها وتكون علة الحكم أكثر توافرا فى حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها فينسحب الحكم فى الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى ، ومثال ذلك ان القانون الجنائى يخفق وصفه القتل فى حالة ما اذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها فجعل جريمة القتل فى هذه الحالة جنحة لا جناية (مادة ٢٣٧

(١) د/ السنهورى وأبو ستيت : المرجع السابق - ص ١٨٢ . وانظر د/ محمود جمال الدين زكى - المرجع السابق - ص ٢٥٠ ، د/ عبدالمنعم البدراوى - المرجع السابق - ص ١٨٧ .
(٢) د/ محمد صبرى السعدى : المرجع السابق - ص ٢١٧ .

عقوبات) فلو أو زوجا فاجأ زوجته متلبسة بالزنا ولم يقتلها ولكنه ضربها ضربا جلب لها عاهة مستديمة فان هذه الجريمة تعتبر جنحة لا جناية من باب أولى ومن ذلك أيضا تطبيق حكم القليل على الكثير ، بمعنى أنه ما كان قليلة ممنوعا فكثيره ممنوعا من باب أولى ومن ذلك فاذا كان القاصر ممنوعا من التصرف بعوض فليس له ان يتصرف بدون عوض من باب أولى[١] .

وأخيرا فان هناك مفهوم المخالفة وهو أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم فى الحالة المنصوص عليها لاختلاف العلة فى الحالتين إما لان الحالة المنصوص عليها هى جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها ، ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٩٣ مدنى مصرى من أنه اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقض هذا الميعاد يقيد بمفهوم المخالفة أنه اذا لم يعين ميعاد للقبول جاز الموجب العدول عن ايجابه[٢] ويجمع الفقه على ضرورة الحذر فى الأخذ بمفهوم المخالفة لأن سكوت المشرع لا يدل بذاته على شئ فالسكوت ليس كلاما واذا كان القانون تعبيرا عن الارادة فانه يلزم للقبول بأن المشرع أراد شيئا ان يكون قد تكلم فاذا سكت فانه لا يقول لا ولا نعم[٣] .

لقد أوضحنا فيما سبق غالبية العناصر التى يعتمدها الفقه كأساس لدور القاضى فى التفسير ونود أن نشير الى أن القياس بأنواعه المختلفة هو عمل خلاق من جانب القاضى ويكفى فى ذلك ما ثار بشأنه فى الفقه

---

(١) د/ السنهورى وأبو ستيت : المرجع السابق - ص ٢٤٦ ، د/ محمد صبرى السعدى - المرجع السابق - ص ٢١٩ .

(٢) د/ جميل الشرقاوى : المدخل للقانون - ص ٢٠٨ .

(٣) د/ محمد صبرى السعدى : المرجع السابق - ص ٢٢٢ ، د/ السنهورى وأبو ستيت - ص٢٤٧ ، د/عبدالمنعم البدراوى - ص ٢٦٢ .

الإسلامي حول قيمته كدليل شرعي يرجع اليه فى استنباط الأحكام ، وكان ذلك لأنه يعتمد على الاجتهاد دون النظر فى استنباط العلل واستخراجها ويكفى هنا الاشارة الى رفض الأخذ بمفهوم المخالفة فى الغالب الأعم من الفقه لخطورته ويدل ذلك على مدى ما فى الاخذ بمفهوم الموافقة من خطر أيضا وان الأساس فيها هو رأى القاضى[(١)].

(١) انظر فى الخلاف حول القياس د/ زكريا البرى - أصول الفقه - ١٩٧٦ ص ٧٦ ، وانظر رسالة د/محمد أديب صالح - تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى .

الفرع الثانى

دور القاضى فى التكييف

أن الدعوى تعتبر أمام المحكمة خليطا من الواقع والقانون والقاضى عند تطبيقه للقانون لا يجد نفسه أمام نصوص تحتاج الى التفسير والتطبيق وانما يصادف مجموعة من الوقائع يتوقف على تحديدها اختيار القاعدة القانونية وهو أيضا فى تفسيره للواقعة وتطبيقها لا يضع بحثا قانونيا مجردا وانما يفصل فى دعوى محددة لها ظروفها الخاصة ووقائعها الذاتية مما يؤثر فى تحديد كلمة القانون واذا كان الأمر كذلك خليطا من الواقع والقانون وظروف خاصة بكل دعوى ، فان القاضى يحتاج كل الاحتياج الى ممارسة نشاط فكرى يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الأمر[١].

فالقاضى متى اتم فهم الواقع في الدعوى فانه يبحث عما يجب تطبيقه أى تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع ولما كانت أحكام القانون مطلقات وعموميات تتناول أنواعا واعدادا من الحوادث لا تنحصر وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا معينة ، لكل معنى منها خصوصية ليست فى غيره فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث الا بعد معرفة أن ذلك المعنى يشمل ذلك المطلق أو ذلك العام وقد يكون ذلك سهلا وقد يكون صعبا وكله على كل حال فيه نظر واجتهاد وهذا الاجتهاد هو ما أسماه القانون تكييف الوقائع فى الدعوى يريدون به توخى معانى القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى أى رد هذا الواقع الى حكم القانون أو وضعه تحت عموم القاعدة القانونية المنطبقة فتكييف القانون حادثا أو أمرا أو عقدا أو تصرفا هو تسميته أياه باسم قانونى يحصل به لمسمىً هذا الاسم من آثار وأحكام قانونية فتكييف ما يقع من الأخذ مال الغير بغير

---

(١) د/ أحمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية - ص ١٦٧ .

حق هو تسميته بأنه سرقة أو تبديد أو خيانة أمانة أو نصب ليطبق على الأخذ مادة العقوبة التى يستحقها على فعلته(١).

وتظهر أهمية وخطورة دور القاضى فى هذا المجال أن الشارع لم يجر فى وضع الالفاظ القانونية على وتيرة واحدة فهو يضعها مكتفيا فيها بما ترسمه عند السامع أو القارئ من صور المعانى كسوقة جريمة هتك العرض والسب والافتراء والفاظ السبب الأهل وغير ذلك ، ولذلك انقسم الفقه الى قولين : ان الالفاظ ذات المعانى القانونية يستطيع القاضى ربطها بواقع الدعوى وتكييف هذا الواقع بها بنوع من الاجتهاد والنظر وتفسير واستنتاج وتجريد الى غير ذلك من وسائل الاجتهاد وفى القانون فيكون التكييف على موجب هذه الألفاظ تكييفا قانونيا (ومن ثم يخضع لرقابة محكمة النقض) أما الألفاظ الأخرى التى لا سبيل لتحديد معناها وربط هذه المعانى بواقع الدعوى الا شعور القاضى بقيام هذه المعانى فى واقعة الدعوى، فيكون التكييف شعوريا يجب إخراجه عن نطاق رقابة محكمة النقض ، ومثال ذلك الاهانة الشديد فى أسباب التفريق بين الزوجين ومثل ذلك الوسائل الاحتيالية فى جريمة النصب غير أن الرأى الراجح فى الفقه يذهب إلى أن التكييف هو رد فهم الواقع فى الدعوى الى فهم حكم القانون لهذا الواقع فلا يهم في أن يكون ثمة ألفاظا قد عرفها القانون والفاظا أخرى لم يعرفها لأن المهم أن للقاضى فى نهاية الأمر أن يجيب نفسه عما اذا كان حاصل فهمه فى واقع الدعوى بما اجتمع فيه من عناصر وبنود وشروط يمكن أو لا يمكن ادخاله تحت حكم القاعدة القانونية الواجب تطبيقها عليه ، فاذا كانت الواقعة سرقة مثلا سواء عرف القانون اركانها واحدا

---

(١) د/ حامد فهمى ، د/ محمدحامد فهمى : النقض فى المواد الجنائية والتجارية ١٩٣٧ ص ١٦٥، وانظر اجتهادات الفقهاء المسلمين فى مجال التكييف حيث يطلقون عليه تحقيق المناط فى الشاطبى – الموفقات جـ٢ ص ٤٧ ، مشار اليه فى كتب الأصول ، د/ زكريا البرى ، د/عبدالوهاب خلاف والشيخ أبو زهرة .

واحدا أو لم يعرفها فالقاضى بنظره الفقهى أو المنطقى أو الشعورى فى نهاية الأمر ملزم للقضاء فى موضوع الدعوى بالعقوبة أو بالبراءة يرد حاصل فهمه فى كل ركن من أركان التهمة الى ما يجب فهمه من حكم القانون فى مقابلة من أركان جريمة السرقة ولن يتم له ذلك الا بتحديد معانى الالفاظ التى استعملها القانون أيا كان نوعها وربط فهم الواقع بهذه المعانى بعد تحديدها وتعريفها وبالاضافة الى ذلك فانه اذا أريد بالتعريف أن يقوم الشارع بالتحديد الاصطلاحى على وجه يبرز صور جميع المعانى التى يمكن أن تشملها الالفاظ أو العبارات القانونية فليس فى القانون ما يصح ن يقال انه قد عرف هذا التعريف ، فجريمة السرقة التى قد عرفها الشارع بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير ليس بالتعريف الشامل والجامع ولا يزال القاضى بحاجة إلى معرفة ما هو الاختلاس وما المال وما المنقول وما معنى أن يكون مملوكا للغير وأخيرا فاذا كان الشارع لم يتناول الكثير من الالفاظ التى استعملها بالتحديد الاصطلاحى فذلك لنزوله في بعض منها على اصطلاح الفقهاء ولاكتفائه فى بعضها الآخر بما لها من قوانين فى وضع اللغة أو فى مجرى الحياة العامة أو فى اصطلاح علوم أو فنون مختلفة . وأيا كان مصدر هذه الالفاظ ، فالشارع اذا استعملها وطبعها بطابعه فقد جعلها جميعا الفاظ قانونية ومحكمة النقض تقوم فى واقع الأمر تحديد معانى جميع الالفاظ المستعملة فى القانون أو التى أدخلها الفقه عليه ووفقا لهذا الرأى قامت محكمة النقض بتعريف معنى الطريق العام والاكراه فى السرقة والاختلاس فى جريمة اختلاس الاشياء المحجوزة والضرب والجرح وهتك العرض والفعل الفاضح والاهانة[(١)] .

ومن العرض السابق يتضح أهمية دور القاضى فى رد الوقائع

---

(١) د/ محمد حامد فهمى وحامد فهمى : المرجع السابق - ص ١٧١ ، ٢٠٥ .

المعروضة عليه الى فهم القانون لهذه الوقائع وهو دور خلاق بلا شك وذلك لأن القاضى اذا كان يصل بالتكييف إلى تكوين رأى قانونى فى ادعاءات الخصومة وهذا هو الرأى القضائى فان هذا الرأى يقوم مع معرفة القاضى للقانون واقتناعه بالوقائع وهى ظواهر شخصية مهما بلغت درجة التعيين فيها فانه يظل هنا رأيا شخصيا نسبيا يفتقر الى مقومات الحقيقة المطلقة ولما كان أداء هذه الوظيفة ضروريا لسير النظام القانونى ، وكان لابد من تزويد العمل القضائى بالقوة اللازمة لهذا الغرض وتتمثل فى فرض رأى القاضى على الخصوم وهكذا لا يصبح الرأي القضائى مستندا الى قوته المنطقية وحدها بل الى قوة قانونية تكسبه صفته الموضوعية[(١)].

فالتكييف كعمل قضائى اعلان عن إرادة القاضى ولا يجدى فى هذه الارادة القول بأن القانون هو الذى يرتب على الحكم حجة الأمر المقضى . وذلك لأن القانون هو الذى يرتب على العقود والنظريات القانونية آثارها دون أن ينكر أحد وجود الارادة فى التصرف القانونى ان ما يفرضه القاضى على الخصوم ليس هو المركز الموضوعى وانما هو رأيه عن المركز الموضوعى وثانيا فان القانون نفسه يخول القاضى دائما قدرا معينا من الحرية أى السلطة التقديرية فى تكوين هذا الرأى فهناك ما يسمى بارادة القاضى المكيف واذا كانت الدولة هى تشخيص القانون فانها لا تتصرف أو تريد أو تأمر الا عن طريق اعضائها والقاضى هو عضوها القضائى أى اداتها فى الوظيفة القضائية ولذا فانه هو الذى يفرض لها وباسمها الرأى القضائى على الخصوم[(٢)].

---

(٢) د/ وجدى راغب :النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – سنة ١٩٧٢ – رسالة – ص ٣٢٥ .

(١) د/ محمد محمود ابراهيم : النظرية العامة للتكييف القانونى فى الدعوى فى قانون المرافعات – سنة ١٩٨٢ ص ٣٥٢ .

الفرع الثالث

الرأى فى سلطة القاضى فى تطبيق القانون

ثبت لنا من العرض المتقدم أن القاعدة القانونية لها مصدران رسمى أو شكلى ومصدر موضوعى أو مادى وترمز المصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية وترمز المصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية وأن صياغة القاعدة القانونية اما ان تكون صياغة جامدة تواجه فرضا معينا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تتدرج تحت الفرض ومن هنا يكون عمل القاضى الذى يؤدى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة عملا شبه آلى . فلا يستطيع القاضى سوى أن يثبت من حصول الوقائع التى تتدرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة ومثال ذلك مواعيد الطعن فى الأحكام ، اما الصياغة المرنة فهى لا تعطى للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وانما تعطيها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به عند التطبيق لإدخال الملابسات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار وبذلك تنسب الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه بما ترسمه من موجة عام سلطة تقديرية واسعة وتكون القاعدة القانونية مرنة اذا كان الغرض منها أو الحل منها مرنا أو كان كل منهما كذلك ويكون الغرض فى القاعدة مرنا اذا كانت العبارة المستخدمة فى تحديد الغرض غير محددة تحديدا دقيقا بل كانت عبارة مرنة يمكن أن تتسع فتشمل وقائع معينة أو تطبق فلا ينطبق على هذه الوقائع ومن ذلك أن معظم مواد القانون الجنائى هى قواعد مرنة فيما يتعلق بالحل الموجود فى القاعدة أى الجزاء الذى

يوقعه القاضى عند ارتكاب الجريمة حيث يوقع أكثر العقوبات ملاءمة لظروف الدعوى وفى نطاق القانون المدنى توجد كثير من القواعد المرنة كقواعد الظروف الطارئة التى ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (مادة ١٤٧ مدنى) ونظرية التعسف فى استعمال الحق (مادة ٥ مدنى) ومعيار الغلط الجوهرى فى ابرام العقد (مادة ١٢٠ مدنى)[١]، وبالرغم من أن الصياغة الجامدة تبدو ظاهريا انها يمكن ان تتجنب تحكم القاضى وتحديد سلطته التقديرية ، إلا أن القاضى وهو يفسر القواعد القانونية الجامدة أيضا ، يعمد الى تطويرها وتطويعها بما يتفق مع حاجات المجتمع الجديد إلا أنه يعمل ذلك تحت ستار تفسيره لها وهو لذلك لا يصرح بهذا التعديل[٢].

ومن هنا نستطيع ان نتصور مدى سلطة القاضى حيال القاعدة القانونية التى يطبقها ، فمن النادر أن توجد قواعد لا يعمل القضاء على تطويرها وتعديلها تحت ستار التفسير اذا كانت صياغتها جامدة لا تتلاءم مع الأوضاع الجديدة لأن جمودها جعلها فى حالتها الأولى قبل أن يتناولها القاضى بالتطبيق ، تبدو ظاهرة لتطبق على الدعوى أن تطبيقها من شأنه ان يحدث آثارا لا تتفق مع نظرة القاضى الى التشريع بوصف الأخير محققا للعدل وقد قصدنا من عرض تفصيلى لأسلوب اشد المدارس تضييقا على سلطة القاضى فى التفسير أن نبين حقيقة دور القاضى واتضح لنا انه فيما عدا حالة النص الصريح الواضح فان القاضى يملك الاجتهاد ومما يجعله يدخل تحت ستار التفسير ذلك الاجتهاد وينسبه الى المشرع فى نيته

---

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق – ص ٥٠٠ .

(٢) د/ سمير تناغو : المرجع السابق – ص ٥٠٢ .

المحتملة أو المفترضة ولقد كان هذا الدور للقاضي أثره في انه لم يعد التفسير بحثا عن ارادة المشرع كما يذهب الى ذلك الفقه التقليدي وانما بحثا عن الارادة التشريعية للنص حيث ظهر في الفقه الحديث من يذهب الى أن التشريع متى صدر استقل عن واضعيه وتصبح له حياته الذاتية وينطوي علي ارادة خاصة به وعلى المفسر أن يبحث عن النص الحالي وان التشريع يحتوي على مقصود مستقل عن نية واضعيه فيصبح له معنى ذاتي هذا المعنى يمكن الكشف عنه من ربط النصوص بعضها ببعض ومن النظر الى الغاية المطلوب تحقيقها[1]. واذا كان الدفاع عن وجهة النظر هذه أو تلك يبعد عن موضوع البحث ، فاننا اردنا أن نوضح الى أي مدى يتدخل العنصر الذي يقوم بالتطبيق في تحديد معنى ومضمون النص ففي حالات الغموض أو نقص التشريع أو تضاربه هناك جهد خلاق يبذل لا يجوز انكاره في رفع التضارب وحل الغموض وتكملة النقص في التشريع يقوم به القاضي وهو في هذا يعد مجتهدا في القانون واذا كانت المادة الأولى من التقنين المدني المصري قد أغفلت ذكر القضاء من بين مصادر القانون فان هذا الاهمال لا يمكن ان يؤثر في ضرورة الاعتراف بالأمر الواقع فالاعتراف بمصادر القانون ليست مسألة تقويمية يرجع فيها الى ارادة المشرع ولكنها مسألة تقريرية يرجع فيها الى واقع القانون الوضعي وعلى ذلك لا يمكن الاعتراف بوجود قواعد قانونية قضائية الا اذا كانت هذه القواعد امرا واقعا يمكن التحقق من وجوده والمشاهد في مصر وفرنسا ان عددا أكبر من الفقهاء يعتبرون القضاء مصدرا من مصادر القانون نظرا لما اطردت عليه

(١) انظر النظريات المختلفة في موضوع التفسير ، د/ محمد صبري السعدي – المرجع السابق – ص٥٢.

عبارات المحاكم ومحكمة النقض من أن قضاءها هو واجب الاتباع ومن ذلك عبارة محكمة النقض المصرية فى قولها « وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة ... » بما فيه من افصاح عن سلطتها المبدعة فى هذا الشأن[١].

وأيضا نحن هنا لسنا فى مجال المناقشة حول القضاء كمصدر رسمى للقانون أم لا فالعبرة عندنا بالواقع ليس فقط فى مجال تكملة النقص فى النصوص ولكن فى مجال تفسيرها وقد رأينا اختلاف الحلول حول معانى الالفاظ ورأينا فى التكييف ان القاضى بمحض سلطاته يدخل الافعال المؤثمة فى المجال القانونى لها فى حالة ما اذا كانت هناك أوصاف أو الفاظ لم يعرفها الشارع وكان لقوله فى ذلك هو الفصل ومن هنا كانت أهمية محكمة النقض فى العمل على توحيد تفسير القانون وعلى رقابة التكييف لتضع نوعا من النظام الثابت تهتدى به المحاكم عند تطبيقها للقوانين .

واذا كانت المجادلة بين أنصار اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون أم لا تدور حول مدى اعتبار السابقة القضائية ملزمة للقاضى أم لا فان هذا الدور الخلاق للقضاء الذى اشرنا اليه سابقا يجب الانتباه له والعمل على جعل هذا الدور نائيا عن التحكم والاستبداد من القاضى ، فلن يفيد شيئا ان نترك للقاضى سلطة مطلقة عند تطبيقه النص بدعوى ان ينسب تفسيره للنص الى المشرع أو الى ارادته الضمنية أو المفترضة ان الاعتراف بدور القاضى الخلاق هو الخطوة الأولى فى محاولة اعانته بوسائل قانونية وفنية فى ابتداعه الحلول الجديدة وكذلك الكشف عن الصعوبات التى تواجهه

---

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٥٠٠ .

ومحاولة تذليلها واننا نرنو ببصرنا الى البلاد التى تعتبر السابقة القضائية مصدرا للقانون والى الدراسات التى اقاموها على ذلك ، فنجد ثراء فى هذه الدراسات نحن فى حاجة اليه ، ولا يفيدنا شيئا المجادلة حول دور القضاء نظريا فى تطبيق القانون وان نردد أنه ملزم بالتطبيق دون الخلق أو ان تفسيره يجب أن يبحث فيه عن ارادة المشرع ونجلس فى اطمئنان ما دام القاضى لا يدعى فى حكمه انه يبتدع أو ان يفسر النص تفسيرا خاطئا (وذلك بعد رقابة محكمة النقض) فى حين أنه يحمل ارادة المشرع مالا قبل لها به ويتعرض لما لم يكن ليدور فى ذهن المشرع عند وضعه النص فمن هؤلاء الفقهاء من يرى أنه ما يسمى تفسيرا لا يثور الا عندما تكون المسألة محل البحث بعيدة عن مجال القانون المراد تفسيره وبالتالى يكون السؤال أمام القاضى ليس هو ماذا أراد المشرع حيث ان المشرع لم يرد شيئا فى هذا الخصوص وانما هو ماذا يعتقد القاضى ان المشرع كان سيريد لو فطن الى هذه المسألة عند وضعه التشريع وهو رأى يجعل من التفسير دائما عملية خلق لقواعد جديدة وان استخلاص القاعدة القانونية من مصادرها المتعددة عملية منطقية كما ان هناك كثيرا من الاعتبارات الشخصية أو غير المنطقية بصفة عامة تؤثر على هذه العملية(١).

وان هناك عديدا من الدراسات التى تبرز الفرق بين ظاهر النصوص التشريعية وما تفعله هذه المحاكم باسم هذه النصوص واستنادا لها وكان لذلك أثره فى ظهور الاتجاه الاجتماعى فى القانون وكان ذلك بهدف تحرير الدراسة القانونية والبحث القانونى بصفة عامة من آثار مسلكين مختلفين أولهما المغالاة فى نقض التماسك المنطقى والاقتصار على الجانب الشكلى

---

(١) جراى (طبيعة ومصادر القانون – الطبعة الثانية – سنة ١٩٢١ ص ٣١ (بالانجليزية) .

وثانيهما محاولة التستر وراء القانون للدفاع عن أهداف مثالية أو تقويمية معينة وكان لهذا الاتجاه الاثر الكبير فى بيان أساس عملية وضع القوانين وتنفيذها تنفيذا فعلا وكان لهذا أكبر الأثر فى زيادة الاهتمام بعملية الصياغة القانونية لتحويل الحاجات التشريعية الى قواعد قانونية صحيحة[١].

كما قامت عديد من الدراسات التى تظهر تأثير الوظيفة القضائية على من يعين فيها وما يعرف بالسلوك القضائى فى الوصول الى الأحكام وهى دراسات على جانب كبير من الأهمية[٢].

ان هذه الدراسات تعطينا السبيل للبحث عن أفضل الحلول لكى يكون القرار القضائى قرارا متفقا مع واقع الحياة فى المجتمع وداعيا الى وجوب الاهتمام بالصياغة حتى لا يضيع المعني الحقيقى وسط تفسيرات وتأويلات المحاكم وإن الاتجاه الذى ندعو اليه بالاهتمام بواقع حياتنا القانونية وما يمثله القضاء فيها من عنصر فعال فى نفاذ القواعد القانونية وتحديد مدى ونطاق هذا النفاذ ويجب ان نشير الى ما يثبت الواقع لدينا فى الدور الخلاق انما يؤكد ضعف التمسك بالنظريات التى يتمسك بها الفقهاء والقضاة المصريون والفرنسيون ومن ذلك فان الاعتراف بهذا الدور الخلاق

---

(١) انظر عرضا لهذه الدراسة فى د/ أحمد كمال أبوالمجد - الدور الانشائى للقضاء الادارى بين الواقعية الشكلية وللمذاهب الموضوعية فى القانون (مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٢ - ص ٤٣٢) ، وانظر أيضا عرضا لذلك د/ سعيد الصادق - المنهج القانونى فى الولايات المتحدة وفى جمهورية مصر العربية - دار النهضة العربية - سنة ١٩٧٧ .

(٢) انظر ذلك السلوك القضائى Science of lagal method (مجموعة مقالات مترجمة لجينى ولاميير) ، وانظر مقالات عديدة لهؤلاء الفقهاء ، وحول فلسفة القانون ودور القاضى ، انظر مؤلف باون المترجم الى العربية فلسفة القانون - دار القلم بلبنان ١٩٧٣ .

للقاضى يؤكد نسبية مبدأ الفصل بين السلطات وأن للواقع أثر كبير فى تعديل وتطوير العديد من النظريات .

ان النقص فى التشريع يجب ان يؤدى الى الاعتراف للسلطة القضائية بالحق فى تكملة هذا النقص ولو أدى ذلك الى خلق قواعد قانونية جديدة عن طريق هذه السلطة غير المختصة أصلا بخلق القانون[١] ، كما أننا ندعو الى وضع نظام يتيح ان تكون لآراء محكمة النقض وأحكامها أثرا مماثلا لآراء المحكمة الادارية العليا فى القضاء الادارى فى وجوب الالتزام بقضائها وأحكامها وان تعطى لجهة قضائية كالنيابة العامة مثلا سلطة مشابهة لسلطة هيئة مفوضى الدولة فى الطعن على الأحكام من تلقاء نفسها اذا خالفت أحكام محكمة النقض وذلك لنشر نوعمن الاستقرار فى تفسير الأحكام وليتسير على المتقاضين أن يعرفوا مقدما المبادئ التى يجب على القاضى اتباعها والمشرع فى ذلك يملك بما له من سلطة التفسير التشريعي ووضع القوانين أن يقوم ما يراه شططا فى اتجاه المحكمة العليا فالاصل أن المشرع عو السلطة المختصة بوضع القوانين وان القضاء منوط به تطبيق هذه القوانين وان المشرع منوط به أيضا أن يراعى التطورات الاقتصادية والاجتماعية التى تسود المجتمع من ناحية وان يضع القوانين الواضحة الدقيقة من ناحية أخرى فاذا تقاعس عن ذلك كانت قوانينه ضعيفة الصياغة ومتضاربة لا نقاش فى أن القاضي يملك هنا سلطانا واسعا فى تطبيق هذه القواعد وللمشرع ان يفصح عما اراده بعد ذلك فى صورة تفسير تشريعى اما فى الحالات التى يصوغ فيها المشرع قوانين صياغة

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٤٩٧ .

مرنة فإنه يعترف في هذا الخصوص بأهمية تدخل القاضي ليطبق جوهر القانون وهو العدل في كل حالة فردية على حده .

ولقد كانت لمدارس الواقعية القانونية الأمريكية فضل الكشف عن عديد من الجوانب التي لا تظهر في الحكم الصادر من المحاكم والتي تعكس آراء القضاء واتجاهاتهم ولكن دون أن يفصح القضاء عن ذلك وكان منهجهم عاملا كبيرا في مساعدتهم على فهم هذا السلوك فهم يهيمون بالسلوك الفعلي للقضاة الموظفين بشأن المنازعات التي تعرض عليهم ولقد كان مبدأهم هو ان القانون هو ما ينطق به القضاة أما التشريع والسوابق القضائية وآراء الفقهاء والعرف وقواعد الاخلاق جميعا في مصادر للقانون يتحدد معناها بسبب التفسير الذي يعطيه لها القضاة[١] .

وبالرغم من تطرف هذا الرأي إلى الحد الذي يجعل القاضي هو المشرع الأوحد وهو غير صحيح الا ان ما يهمنا هو منهجهم في دراسة السلوك القضائي ذاته فعلى حد قولهم أنه اذا كان للمبادئ والقواعد القانونية تأثيرا على السلوك الحقيقي الخاص بوصول القضاء الى أحكامهم الا أن ذلك لا يعني ان هذه المبادئ والقواعد تكون دائما وصفا دقيقا لهذا السلوك وهناك دائما علاقة بين المبدأ أو القاعدة القانونية وبين السلوك القضائي الذي انتهى الى حكم معين فالسلوك القضائي كما قد يبدو انعكاسا دقيقا للقواعد والمبادئ القانونية قد يأتي متأثرا بوجهات النظر الخاصة بالسياسة

---

(١) انظر أحد أهم فقهاء الواقعية جراي - طبيعة ومصادر القانون - الطبعة الثانية ١٩٢١ (بالانجليزية) ، وانظر من الواقعية ترافل فرانك (جيروم) القانون والعقل الحديث ١٩٧٠ ص١٠٣ (بالانجليزية) ، وهذا الرأي أيضا يمثل جانبا من رأي القاضي الشهير هولمز وهناك من الواقعيين ما يذهبون نفس المذهب انظر عرضا وافيا للاتجاه الواقعي في د/ سعيد الصادق - المنهج القانوني في الولايات المتحدة ومصر .

الاجتماعية والاقتصادية التى يؤمن بها القضاء كما أنه غالبا ما يكون للحدث تأثير فعال فى تحديد النتائج التى يتم الوصول اليها وان كان هذا لا يمنع من تأسيسها منطقيا حتى تبدو فى صورة لائقة[١]. فدراسة الأحكام القضائية يجب أن تنصب أساسا على دراسة الحس الباطنى للقضاء ومعرفة المكونات والعوامل المؤثرة عليه ودرجة تأثير كل منها وهذا الحس يتكون من السمات الشخصية المتعددة التى تدخل فى تكوين شخصيته ، فأهوائه السياسية ونظرياته الاقتصادية والاجتماعية ومفاهيمه الأخلاقية بالاضافة الى القواعد القانونية الرسمية تساهم كلها بدرجة أو بأخرى فى تكوين النتيجة التى يرى أنها أفضل من غيرها فى نزاع العروض[٢].

واذا كنا نرى أن هذه المدرسة فى القانون قد اغرقت فى دراسة السلوك القضائى والعوامل المؤثرة عليه فان هذه الدراسة لها الفضل فى دراسة نفس ما نحاول أن نلفت النظر اليه فى هذا الجزء من الدراسة ، ألا وهو وجوب عدم الاعتماد على الكلمات على ما يقوله القضاه فى آرائهم دون سلوكهم الفعلى وما يتم حقيقه في وصولهم الى أحكامهم وهذا ما يؤيد ما حاولنا توضيحه عن مدى وأهمية دور القاضى فى تطبيق القانون ولذلك فاننا نخالف الرأى القائل بأن الوصفية التحليلية هى السائدة فى مصر بما تتضمنه من أهتمام بالقواعد القانونية كما وضعها المشرع ويقتصر على تحليل وشرح المبادئ والنظم القانونية القائمة وتتسم بتمسكها الشديد بكلمات النص وعبارتها للمنطق الشكلى الى تحقيق نوع من الاستقرار القانونى الى الحد الذى يسمح بامكانية التنبؤ الصحيح بنتائج معظم

(١) انظر د/ سعيد الصادق : المرجع السابق - ص ٣١٢ .
(٢) انظر د/ سعيد الصادق : المرجع السابق - ص ٣١٨ .

المنازعات القانونية[١]، فاننا نرى أن القضاء من خلال فهم حقيقة ما يقوم به في تطبيق القانون ، انما يمارس دورا خلاقا مبدعا وما الفارق بين دوره ودور المشرع الا ناتجا عن طبيعة القواعد التى يضعها القضاء مع عدم اتسامها بالعمومية والتجريد مما يجعل دوره محدود الأثر بالنسبة لدور القواعد القانونية أى أن المشكلة هى ما يفعله القضاء فعلا لا ما يقولونه وهى المشكلة التى بحثتها المدارس الواقعية بالولايات المتحدة ولكن لا يؤخذ هذا السلوك على القضاة بل إن الفقه الذى استطاع الوقوف على هذا الدور الخلاق لم يذهب فى اكتشاف حقيقته الى مدى قريب فهناك من يذهب الى أنه ما لا يجوز اغفاله بغض النظر عن الجدل المقدم حول الاعتراف أو عدم الاعتراف بسلطة القاضى فى ا لابتداع هو أن القضاء سلطة أوكل اليها تطبيق القانون وهو كأى سلطة عامة له كيانه المستقل عن المشرع ويمارس ولاية قائمة بذاتها لا يمكن ان يكون مجرد تنفيذ الى نصوص القانون وانما هى ولاية التطبيق والتحليل الدقيق لوظيفة القاضى فى تطبيق القواعد القانونية المجرد على الحالات الفردية يقطع بأن القضاء سلطة ان لم تقم اثناء التطبيق بدور إنسانى فانه يكون لها على الأقل دورا بارزا فى توجيه النظام القانونى وقد لا يظهر هذا الأمر بوضوح فى تفسير القانون حيث لا يتعدى التفسير البحث عن النية المحتملة للمشرع لأن القانون من ارادة المشرع فهذه الارادة هى التى يجب البحث عنها[٢].

وبالرغم مما فى هذا الرأى من اكتشاف لحقيقة دور القاضى فى تطبيق القانون فى أنه تحدث عن عملية القاضى المستمرة فى المواءمة بين مضمون

(١) فرنك – القانون (العقل والتفكير الحديث) ص ١١٣ .

(٢) د/ محمد عصفور : مذاهب المحكمة الادارية العليا فى الرقابة والتفسير والابتداع ١٩٥٧ – ص٣٣٠.

القانون وبين التطورات الاجتماعية التى تواجهه والمسماة بتجديد شباب القانون أى احياء ما هو ملائم مع مقتضيات العصر[١].

فانه يشير أيضا الى مسألة ارادة المشرع المفترضة أو الضمنية وهذه الآثار توضح الى حد كبير مدى تغلغل افكار مدرسة الشرح على المتون حتى فى أكثر الحالات تعمقا وفهما لدور القاضى تلك الارادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع والتى يستخرجها القاضى . اثبتنا أنها غير موجودة وماهى الا سندا للقاضى يستطيع بها ومن خلالها أن يعرض آراءه تحت ستار هذه الارادة غير الموجودة فى حقيقة الأمر وقد نبه لهذا الدور الخطير للقاضى العديد من الفقهاء فى مصر فيذهب الدكتور السنهورى الى أن من أهم المصادر التى استقى منها التقنين المصرى المدنى هى أحكام القضاء المصرى ومن النظريات العامة التى استقاها المشرع من هذا القضاء نظرية التعسف فى استعمال الحق وتكوين العقد والاستقلال والصورية وغيرها من النظريات[٢]، بما يوضح مدى ابتداع القضاء الى حد استعانة المشرع بما انتهى اليه اجتهاده وتقنينه .

وكذلك ينتهى أحد كبار فقهاء القانون الجنائى[٣] الى بيان دور محكمة النقض المصرية الخلاق فى تفسير وتطبيق قانون العقوبات ويرد أكثر من مائتى مثل على هذا الدور الخلاق من خلال تفسيرها وتطبيقها لنصوص القانون ويذهب الى أن فى بعض الاحيان كان دور محكمة النقض

---

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - ص ٣٣٢ .

(٢) د/ عبدالرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى - مصادر الالتزام ص ٥١ ، وانظر أمثلة أخرى غيرها ص ٥٢ ، ٥٣ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى : مجلة القانون والاقتصاد - عدد خاص - العيد المئوى لكلية الحقوق سنة ١٩٨٣ - ص ٢٩٦ ، ٣٩٧ .

انشاء قواعد قانونية لم ينص عليها الشارع وعلى المحقق لم ترد بخاطر واضعى النصوص وان روح التشريع وخطة الشارع تقتضى تكملة النصوص بها كي تسد ثغرات فيها[١].

بل وان هناك من الفقهاء من قاموا بدراسة حقيقية لدور القضاء كمصدر واقعي للقاعدة القانونية في مصر وانتهى الى أن القاعدة القضائية تتمتع بوجودا مستقلا تجاه مصادر القانون الأخرى وتجد هذه القاعدة القضائية أساسها في عنصرين : (١) سلطة القاضي ونفوذه . (٢) يجب ان تحوز رضاء وقبول المشتغلين بالقانون ووافقه على ذلك عدد من الفقهاء[٢]، ولا ننسى أن نشير الي ما بلغه التشريع الإسلامى من رقى فى هذا المجال فالاصل ان مصادر التشريع الرئيسية هى القرآن والسنة وكان الفقه الإسلامى عميق النظر وواقعى فى ادخاله فى هذه المصادر جميع أوجه الاجتهاد من قياس واستحسان ويأخذ بالمصلحة المرسلة حتى يتسنى معرفة ما أتى به القرآن والسنة حقيقة وما أتى به آراء الفقهاء ومن هنا نجد أنه على كثرة اجتهاد الفقهاء واختلافهم في التفسير لنصوص القرآن والفاظه ونصوص السنة النبوية الشريفة والفاظها واختلافهم من ثم فى استنباط الأحكام الشرعية لم نجد أحداً منهم ينسب ما انتهى اليه من اجتهاد الى القرآن ذاته أو السنة ذاتها أو أن هذا ما قصده الرسول عليه الصلاة والسلام بل ان ما انتهوا اليه منسوب الى من استنبط الرأى واجتهد ولا

(١) ص ٣٩٦ وانظر المستشار محمد وجدى عبدالحق - مجلة القضاء - يناير - يونيو ١٩٨٤ مقالة المعنوى - محكمة النقض .

(٢) انظر د/ حسام الاهوانى - القضاء كمصدر واقعى للقاعدة القانونية فى مصر سنة ٣١٨ - من مؤتمر حول بعض الجوانب القانونية المعاصرة فى مصر ، انظر الرافضين والموافقين لهذا الرأى - ص٣٣٩ .

ينسب ابدا الى القرآن أو السنة حتى اجماع الفقهاء على الأخذ بأى من هذه الاجتهادات ينسب الى اجماعهم ولا يمكن حتى لهم الجزم بأن هذا الاجتهاد هو ما قصده القرآن فعلا وما قصده الرسول عليه الصلاة والسلام .

وفى هذا يقول أحد الفقهاء أننا حين نقرأ أن محكمة النقض قد وضعت مبدأ جديدا فليس هذا الذى نقرأ سوى معنى واحد هو أن محكمة النقض قد أملت قاعدة قانونية لم تكن معروفة من قبل بالرغم من أن هذه المحكمة ذاتها لو سئلت عن حدود اختصاصها لما ترددت فى قصر هذا الاختصاص على حدود التطبيق والتفسير[(١)] .

ويكفى هنا ان نختتم هذا الجزء بما ذهب اليه أستاذنا دكتور أحمد كمال أبوالمجد من أن الارادة البشرية تظهر فى مجال الدراسات القانونية من زوايتين مختلفتين : (١) فهى تظهر أولا فى الدراسة القانونية نفسها. (٢) ثم تظهر بعد ذلك فى البناء القانونى نفسه بعملية التوالد القانونى التى يشير اليها كلسن داخل البناء القانونى وهى ليست فى حقيقة الأمر علاقة منطقية أو حتى ديناميكية بين قاعدتين وانما فى الحقيقية ثمرة نشاط اداري للأشخاص الطبيعيين الذين يفضلون هذا التوالد من عالم النظر القانونى الي عالم الواقع الحى عابرين به نطاق القوة الى نطاق الفعل وفى ضوء هذه الحقيقة ننظر إلى العمل القضائى على أنه خلق ارادى للمراكز القانونية لا على أنه تطبيق آلى للقواعد القانونية لكل دراسات العمل القضائى[(٢)] .

وأخيراً نستعرض هنا مثالا من قانون العقوبات على عدة ألفاظ

(١) الاستاذ ابراهيم شحاتة : مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٤٢١ .
(٢) د/ كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص ٤٧٧ .

مجهلة سببت الاضطرارية في تفسيرها ولنوضح مدى تناقض الأحكام فى خصوص المقصود من لفظ واحد .

تنص المادة ١٧٤ عقوبات على أن يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز خمس سنين وبغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تزيد على خمسمائة جنيه كل من ارتكب باحدى الطرق المتقدم ذكرها فعلا من الأفعال الآتية : أولا : التحريض على قلب نظام حكم المقرر في القطر المصرى أو على كراهيته والازدراء به . ثانيا : تحبيذ أو ترويج المذاهب التى ترمى الى تغيير مبادئ الدستور الأساسية أو النظم السياسية للهيئة الاجتماعية بالقوة أو بالارهاب أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة ولفظ الكراهية الواضح فى المادة السالفة البيان ليس سهل التحديد ظاهر المعالم معين تعيينا يطمئن اليه القاضى لأنه ليس ثمة ما يمنع تنظيم الاتجاهات الانفعالية للكراهية تنظيما يؤدى الى الابقاء على النفى وتحقيق رفاهيتها والمحافظة على الغير واسعاده أو ينتهى بتعذيب النفس والقضاء عليها أو اشقاء الغير وتدميره وليس اشق على القاضى من متابعة العواطف الإنسانية ، وهى تشق طريقها إلى أهدافها مستمرة فى خدمتها عناصر نفسية تكاد تكون واحدة فى الكراهية والحب كليهما كما أنه لا تفطن أن معنى الازدراء واضح عند الشارع على سبيل التحديد والتقريب ولا نعرف كيف يكون الازدراء بنظام الحكومة واذا كان الشارع لا يعرف بالعبارات التى يمكن ان تعتبر تحريضا على القلب أو الكراهية أو الازدراء بل ترك الأمر للقاضى وها هو ذا القاضى يجد مهمته فى سبيل التحديد مستحيله أو فى حكم المستحيلة بدليل تعارض الأحكام وتناقضها فكيف تنتظر الأمة التى هى مصدر السلطات أن يدلها قادة

الرأي من مفكريها الى مواطن الداء[١].

أما عبارة نظام الحكم فقد اختلفت فيها المحاكم فهو النظام التى نصت عليه المادة الأولى من الدستور (١٩٢٣) مصر دولة حكومتها ملكية وراثية وشكلها نيابى[٢] وهو نظام الحكم فى نوعه أى فى أساسه الاجمالى المقرر بالمادة الأولى من الدستور من أن حكومة مصر تكون وراثية نيابية وأيضا هذا النظام فى صورته التفصيلية المقررة بباقى مواد الدستور وعليه فالطعن فى الدستور والتحريض على عدم طاعته هو إذن طعن على نظام الحكم الذى قرره ذلك الدستور وتحريضا على كراهيته[٣] كما يقصد من الوزارة القائمة أو رئيسها فهو يشمل الوزارة كما يشمل النظم الأساسية للدولة[٤] ولكن محكمة النقض اخطأت هذا الحكم ذلك أن المستفاد من ذلك الحكم وهو الواضح من المقالات التى نشرت ان الطاعن لم يوجه جملته الى الدستور ذاته أو الى النظم ذاتها كما هى مقررة فى الدستور بل هو أفرغ مطاعنه فى قالب اهانه وسب وقذف صريح الى ذوات كائنة معينة هى هيئة الوزارة القائمة ورئيس هذه الهيئة وأعضائها بدعوى أنهم خالفوا الدستور وهؤلاء مهما وجبت لهم الطاعة والاحترام فى حدود القانون باعتبارهم حكاما فانهم لا يعتبرون جزاء من النظام المقرر للحكم بل هم ليسوا الا قائمين عليه ما داموا حكاما وقد تكفل القانون على القدر الذى رآه بالحماية الخاصة الواجبة لهم بصفتهم هذه فى نصوص أخرى

(١) حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر د/ رياض شمس - الجزء الأول ١٩٤٧ ص ١٩٤ ، وانظر الأحكام التى اشار اليها .
(٢) محكمة جنايات مصر ٢٣ يوليو سنة ١٩٣١ ص ٤٧٦ .
(٣) محكمة النقض فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ بند ٣٣٣ ص ٤٧٤ - مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض والابرام فى المواد القضائية للاستاذ محمود عمر .
(٤) حكم محكمة جنايات مصر ١٩٣٩/١٢/٧ بند ١١٠ ص ٢٠٦ - ٢٠٨ .

أوردها غير المادة ١٧٤ المخصصة لحماية الدستور والنظم المقررة ... للحكم[١] ، وكان المحاكم المصرية قبل صدور هذا الحكم تأخذ بمفهوم أن نظام الحكم يقصد به الوزارة القائمة أو رئيسها .

ومن هنا يظهر مدى الغموض في هذه العبارة واختلاف المحاكم في تفسيرها اختلافا خطيرا كل الخطر على حرية ابداء الرأى في وجوه الاصلاح الدستورى وتكفى الاشارة الى انه منذ أمد بعيد نادى الفقهاء بوجوب الغاء هذه المادة لخطرها على الديمقراطية الحقيقية ومازالت هذه المادة بغموضها باقية الى الآن[٢] .

ولا تقل الفقرة ثانيا في غموضها وهناك اختلافا كبيرا حول المقصود بمبادئ الدستور الأساسية والمقصود بالنظم السياسية للهيئة الاجتماعية[٣] ، وهذا مثل رأينا السابق عرضه نظرا لمرونة عباراته وعدم وضوحها وعدم القدرة على تحديد المقصود منها .

وننتهي من هذا الجزء ويهمنا ابراز أن القاضي له دور مؤثر وخطير في تفسير القانون وتطبيقه وليس في بحثنا مجال لمحاولة المقارنة بين دور المشرع ودور القاضي وما انتهى اليه البعض من أن القاضي هو مشرع في خصوص القضية المنظورة أمامه[٤] ، وأن ما يهمنا هنا ليس المفاضلة أو

---

(١) حكم محكمة النقض في ١٣ مايو سنة ١٩٤٠ - مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض بند ١١٠ ص ٢١١ .

(٢) د/ رياض شمس : المرجع السابق - ص ٢٠٦ .

(٣) د/ رياض شمس : المرجع السابق - ص ٢٢٠ .

(٤) انظر في هذا الاتجاه المباحث الفلسفية العديدة التي سبق لنا الاشارة اليها حول المذاهب الاجتماعية للقانون ، وانظر مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الثاني - يوليو سنة ١٩٦٨ - والوضعية والفصل بين القانون والاخلاق - عرض وتعليق د/ محمد نور فرحات - السنة العاشرة ، وانظر د/ محمد شوقي السيد - التعسف في استعمال الحق - معياره وطبيقته في الفقه والقضاء ١٩٧٩ - ص ٣٠٨ .

المقارنة بين دور كل من القاضى والمشرع وأن ما يهمنا فعلا هو ابراز دور القاضى على حقيقته ، وهذا لأن هذه السلطة الأولية للقاضى فى تفسير القانون وتطبيقه هى سلطة ملازمة للقاضى فى حالة رقابته لاعمال السلطات العامة الادارية والتشريعية فهى ملازمة للقضاء لا يستغنى عنها ولا يمكن له العمل بدونها وقد تتسع أو تضيق ولكن كل ذلك راجع الى مسلكه هو مطبق القانون ولذا كان كشف حقيقة دوره أساسيا لمعرفة مدى استعماله لهذا الحق فى نطاق رقابته لاعمال السلطة العامة وهى المجال الأساسى لبحثنا وعلى وجه الخصوص دور القاضى الدستورى فى تفسير وتطبيق الدستور في علاقة الأخير بالقانون ونود أن ننوه أن أكثر المبادئ التى جعلت الفقه والقضاء نفسه متخوفا من الاعتراف بدوره الخلاق هذا وهو مبدأ الفصل بين السلطات بالقول بأن سلطة التشريع هى للمشرع فقط دون القاضى وان القاضى بابتداعه قد شرع وهذا محرم عليه هو قول لا يتفق وحقيقة الواقع فالقاضى حتى يبتدع فان نطاق ابتداعه يبقى محصورا فى المنازعات المقامة أمامه ولا يمتد الي غيرها ، إلا إذا فصل بهذه المنازعات ومن ناحية أخرى فان التشريع بصفتى العمومية والتجريد اللتين تصاحباه يبقى له من القوة ما ليس للحكم القضائى فلا مجال للقول بأن القاضى ينازع المشرع سلطته فى التشريع لأن الأخيرة لها من الصفات والخصائص مالا يتوافر لسلطة القاضى فضلا عن أن جميع المدارس التى تأخذ بالمذاهب الاجتماعية والتى تريد اعطاء حرية للقاضى فى الابتداع يتفق على حد واحد لا ينبغى للقاضى أن يتعداه هو عدم تجاهل أوامر المشرع ونواهيه واراؤه الصريحة فكل مجال ابتداع للقاضى هو فى أحوال غموض وتضارب

وقصور ونقص التشريع فالأصل باق وهو حالة وضوح النص وانطباقها على الحالة المعروضة وماعدا ذلك فيمكن القول ، ففيه ثمة تفويضا من المشرع للقاضي بالاجتهاد وليس فى هذا هدما لمبدأ الفصل بين السلطات أو مساسا به مع ملاحظة أن الاخذين بمبدأ الفصل الجامد بين السلطات وهو الاتجاه السائد فى الولايات المتحدة يعترفون فى نظامهم بالسوابق القضائية ويجعلونها مصدرا رسميا من مصادر التشريع فى حالة عدم وجود نصوص تشريعية وتأخذ هذه القاعدة قوتها فى حالة وجود تفسير للتشريع من قبل المحكمة العليا وواجب التزام المحاكم الدنيا بهذه السوابق يمكن القول أنه اعطاء للقضاء لسلطة تشريعية من نوع خاص وهكذا فى ظل أقصى تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات يمكننا أن نجد للقضاء مركزا هاما فى عملية صنع القانون وفى نفس الوقت بما لا يخل بهذا المبدأ .

ومن هنا ننتهى الى أن القاضى سلطانا عظيما على النص التشريعى دونما أن يتطرق الى فكرة الانحراف سواء بالحق أو السلطة فالواقع العملى يبرر أن للقاضى سلطة وقدره علي تطويع النص ليلائم مختلف الظروف التى تعرض عليه ، فسلطته فى الكشف عن الانحراف لا تزيده قوة على قوته عند تفسيره للنص الذى يطبقه فبدون هذه السلطة - سلطة بحث الانحراف - فهو مهيمن على تطبيق النص بل لعل سلطته فى الكشف عن الانحراف هو المجال الطبيعى لعمله حيث يدور حينئذ حول الموازنة بين أدلة الاثبات على الانحراف فهو عندما يكشف الانحراف بشتى صوره فهو فى حقيقة الأمر يدور حول دائرته القضائية لا يخرج منها لكى ما يقوم به فى حالة تفسير النصوص ، حيث يخرج فى كثير من الأحيان عن نطاق التفسير الى

الابتداع ، ومن هنا ننتهى الى زيف الادعاء بأن اعطاء القاضى سلطة الكشف عن الانحراف التشريعي سيعطيه قوة تجعله يتفوق على السلطة التشريعية فحقيقة الواقع ان له هذه القوة وان يملك سيطرة على النص يجعل له القول الفصل فيه وهو ما ينبرزه عند بحثنا عن دور القاضى الدستورى فى هذا الخصوص .

الفصل الثانى

القاضى الدستورى وتطبيق الدستور

مقدمة:

بعد أن تناولنا الواقع العملى لتطبيق القانون ومنها القاضى بصفة عامة يجب علينا أن نتناول القاضى الدستورى وطريقة عمله هو الآخر بوصف أنه المنوط به كشف الانحراف التشريعى ، فما هى حدود سلطته على النص الدستورى؟ وهل حقا يستطيع الخروج على النصوص الدستورية تحت اطار تفسيرها وتطبيقها؟ واذا كان الأمر كذلك فهل يمكن الاطمئنان الى اعطائه مزيدا من السلطة عند بحثه عن الانحراف التشريعى؟

اننا اذا كانا قد تناولنا نظريا طريقة عمل القاضى بصفة عامة فى تطبيقه للقانون ، فاننا فى هذا الفصل سنتناول الواقع العملى للقاضى الدستورى فى تطبيقه للدستور ، وهذه الدراسة ليس من شأنها أن تبرز فقط مدى هيمنة القاضى على النص الدستورى ، ولكنها تضع حدا بين سلطته الأصلية فى تطبيق الدستور وبين ذلك النطاق الذى يخرج فيه عن حدوده الدستورية جهرا ، وهو نطاق الملائمة ، وفى النهاية نستطيع بسهولة أن نكشف مدى ما فى رقابة القاضى الدستورى على الانحراف التشريعى من حفاظ على الشرعية الدستورية من ناحية والالتزام بنطاق عمله القضائى من ناحية أخرى ، فالقاضى الدستورى هو قاض أولا وأخيرا[١].

---

(١) توجد أنظمة غير قضائية للرقابة على دستورية القوانين كما أنه توجد نظم تتيح الرقابة السابقة على مشروعات القوانين الا ان اكثر نظم الرقابة فعالية هى نظم الرقابة القضائية على دستورية القوانين وفى خصوص المزيد من التفصيل عن هذه النظم ، انظر الرقابة على دستورية القوانين ، رسالة د/ على الباز - جامعة القاهرة - ١٩٧٦ ، ومؤلفات القانون الدستورى المختلفة وتأخذ=

ولابراز مدى اتساع سلطة القاضى الدستورى فى تطبيق الدستور ، سنتناول أولا تلك المبادئ الدستورية العامة التى تسيطر على تفسيره للدستور وأثرها البالغ على اتجاه تفسيره ثم نحاول ابراز بعض الأمثلة العملية من القضاء الدستورى الأمريكى والمصرى التى تفصح + بجلاء عن سلطة القاضى الدستورى البالغة على النص الذى يطبقه وهى سلطة تتضاءل أمامها الى درجة كبيرة سلطته فى حالة بحثه عن الانحراف التشريعى ، وأخيرا أمر الاشراف التشريعى على سلطته .

= مصر بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين بمقتضى محكمة دستورية عليا نص على تشكيلها واختصاصاتها دستور ١٩٧١ وكان المحاكم المصرية تراقب دستورية القوانين قبل دستور ١٩٧١ ، وذلك منذ حكم مجلس الدولة الشهير عام ١٩٤٨ بجواز هذه الرقابة باعتبارها عملا يدخل فى صلب عمل القاضى .

انظر الحكم فى د/ السيد صبرى - مبادئ القانون الدستورى - سنة ١٩٥٠ .

المبحث الأول

المبادئ الدستورية العليا

وأثرها على تطبيق الدستور

الفرع الأول

ماهية هذه المبادئ ومدى الزامها

اذا كان من الأمور المتفق عليها أن المشرع يجب عليه قانونا أن يحترم أحكام الدستور ، فهل يجب عليه كذلك أن يحترم المبادئ العليا غير المدونة في الدستور؟ وهل توجد ثمة مبادئ عليا ؟ وبمعنى آخر أن القاضى الدستورى يغلب النصوص الدستورية المكتوبة اذا تعارضت معها نصوص التشريعات ، ولكن هل يلتزم القاضى بتطبيق ما يسمى بالمبادئ الدستورية العليا غير المكتوبة ؟

من أشد فقهاء القانون العام تحمسا فى القول بأن التشريع يجب أن يكون خاضعا لمبادئ الدستور العليا هو الفقيه دكتور يحيى الجمل فهو مؤمن أشد الايمان بأن هناك قانونا أعلى ، قد وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها ... وان كل تشريعات الدولة حتى التشريعات الدستورية ذاتها يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى الذى هو من خلق النظام الاجتماعى وليس وليد ارادة المشرع[1].

(١) ديجى : المطول ج٢١ ط ١١ - ص ٤٤٧ ، ٤٤٨ ، وفى مصر يرى د/ عثمان خليل - الاتجاهات الدستورية المعاصرة - ص ١٢٨ ، أنه لا فرق فى موضوع الدستورية بين مخالفة القانون لنص مكتوب فى الدستور وحالة مخالفته لنص عرفى أو مبدأ عام مستقر فى الضمير الإنسانى ويعلو على الدساتير المكتوبة نفسها ، ويذهب هوريو الى أن النص الذى يعطى الموظفين حق الاضراب يخالف مبدأ من المبادئ اللازمة لحياة الدولة .

ويذهب الفقيه الكبير الى أن المبادئ القانونية الأعلى من الدولة بالرغم من أنها ليست مكتوبة فهى تلزم الدولة بنفس القوة التى كانت تلزمها بها لو أنها أعلنت على وجه رسمى ، ويترتب على ذلك وجوب التسليم بأن القضاء الذى يملك الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لاعلان الحقوق أو الدستور يجب أيضا أن يمتنع عن تطبيق تشريع قد لا يخالف نصا دستوريا مكتوبا ، ولكنه ليتعارض حتى مع مبدأ من مبادئ القانون الأعلى غير المكتوبة ، وهو مبدأ يمس ضمير الجماعة ويعطى احساسا قويا بأنه ملزم للدولة[١] ، وينكر ديجى أن تكون القاعدة القانونية على النحو الذى يقول به هى رجوع الى فكرة القانون الطبيعى ، فالقانون الطبيعى يستند الى ارادة عليا فوق المجتمع وأحكامه مثالية مطلقة لا تتغير فى جوهرها وان تغيرت فى مظاهرها ، ويسعى المجتمع أن يكشف عنها ليقترب منها ما استطاع .

أما القاعدة القانونية التى يقول بها ديجى ، فليست وليدة ارادة عليا بل هى تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها ، اذ تقوم على أساس التضامن الاجتماعى ، وليست هذه القاعدة مثالية مطلقة بل هى واقعية متطورة[٢] ، وينتهى ديجى إلى أن كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى فى مبادئه التى تقوم على فكرة التضامن الاجتماعى سواء كانت هذه المبادئ مكتوبة أو غير مكتوبة ، يكون تشريعا غير دستورى ، فكل تشريع يتعارض مع مبدأ أعلى من مبادئ القانون ، سواء كان المبدأ مدونا فى قانون أرقى من التشريع العادى كوثيقة اعلان الحقوق أو فى دستور جامد

---

(١) ديجى : المرجع السابق - ص ٥٥٦ .

(٢) ديجى : المرجع السابق - ج١ ص ٧٢ .

أو كان غير مدون أصلا ، فانه يكون تشريعا غير دستورى . وجماع القول انني أعنى بالتشريع غير الدستورى أن يكون مرادفا للتشريع الذى يتعارض مع القانون الأعلى مكتوبا كان هذا القانون أم غير مكتوب[١].

ويرى هوريو أيضا أنه كما فى فرنسا ، فانه فى غيرها من البلاد عدة مبادئ أساسية تعلو الدستور مقاما وتلك المبادئ فى غير حاجة للنص عليها ، اذ هى تعد من المبادئ المسيطرة على القانون الفرنسى ، بحيث تعتبر منطوية ضمنا فى أحكام الدستور الحالى ، وان لم ينص عليها الدستور صراحة ، ذلك لأن تلك المبادئ أما أن تكون وردت فى اعلانات حقوق الإنسان الصادرة فى عصر الثورة الفرنسية ، أو أن تكون موجودة ضمن دساتير سابقة بحيث لا يعد اغفال الدستور الحالى لها اعراضا عنها ، وانما استنادا الى أنها أصبحت من أساس القانون العام الفرنسى . بحيث أضحت فى غنى عن النص عليها فى الدستور لأنها أصبحت تعد فوق الدستور ذاته[٢].

ومن أمثلة تلك المبادئ أحكام أو مبادئ النظام الفردى وفى مقدمتها مبادئ الحريات الفردية الواردة فى اعلانات حقوق الإنسان كمبدأ المساواة أمام الضرائب ، ومبدأ الفصل بين السلطة القضائية ، والهيئات الادارية ، وهو مبدأ يرجع العهد به الى القانون الصادر سنة ١٧٩٠ والى دستور سنة ١٧٩١ ، فاذا صدر قانون مخالف لتلك المبادئ فانه يعد قانونا غير دستورى ، وأن القضاء مختص بالحكم بعدم دستوريته ، رغم أن تلك

---

(١) ديجى : المرجع السابق - جـ٧ ص ٦٦٠ .

(٢) هوريو Precis de D. R- Constitutionnel 1923 p 29.

المبادئ لم ينص عليها الدستور[١].

وفى مصر كان من أشد الفقهاء تأييدا لهذه النظرية ولكن بعد تعديلها وفقا لرأيه الفقيه الكبير دكتور السنهورى فى بحثه عن الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية واتخذ من هذه المبادئ فى حالة مخالفتها صورة من صور الانحراف التشريعى[٢]. فبعد أن يستعرض مذهب ديجى سالف البيان يذهب الى انه مهما كان الأمر فى نظرية ديجى ، فنحن لا نذهب معه الى هذا المدى خشية ما عسى ان يصيب التشريع من تقلقل واضطراب ، اذ نحن عمدنا فى استخلاص المبادئ القانونية العليا الى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار ، وتتباين عنده المذاهب ، ثم جعلنا دستورية التشريع رهنا بهذه المبادئ غير المستقرة ، لذلك كان لابد لنا من أن نقتصر فى استخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب أى على نصوص الدستور ، ونكتفى بأن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصرى وتهيمن على جميع أحكامه ، وهذه المبادئ العليا التى هى روح الدستور تستخلص استخلاصا موضوعيا من نصوصه المدونة ، وهذا الاستخلاص الموضوعى من اليسر والوضوح بحيث لا يمكن أن يكون محلا للجدل ، ومتى استخلصنا هذه المبادئ العليا للدستور المصرى ولا شأن لنا هنا بمبادئ عليا مجردة ولا بقانون أعلى على النحو الذى ذهب اليه دكتور يحى ، فان على المشرع المصرى أن يلتزمها فى تشريعاته وأن يتجنب

---

(١) هوريو : المرجع السابق ص ٣١٨ ، وانظر عبدالحميد متولى وتعليقه على آراء هوريو فى مثاله، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور – مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد الصادرة من جامعة الاسكندرية – السنة الثانية ١٩٥٨ ١٩٥٩ – العددان الثالث والرابع .

(٢) انظر مقالة المعنون مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية والمنشور بمجلة مجلس الدولة – عدد يناير سنة ١٩٥٢ خاصة ص ١٠٢ .

الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية . فاذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا ، كان تشريعا باطلا لما ينطوى عليه من انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[١].

وضرب الفقيه الكبير عدة أمثلة لما رآه مبادئ عليا للدستور المصرى (دستور ١٩٢٣) يترتب على مخالفتها وقوع عيب الانحراف ، ومن هذه المبادئ مبدأ استقلال السلطة القضائية المستفاد من المادة ١٢٤ من الدستور ومبدأ الحصانة البرلمانية المستفاد من المادة ١٠٩ من الدستور ، ومبدأ الفصل بين السلطات المستفاد من تحديد الدستور لكل سلطة النطاق الذى لا يجوز لها أن تتجاوزه[٢].

وذهب جانب من الفقه[٣] فى انتقاده لتعدى القضاة الأمريكيين فى المحكمة العليا نطاق الدستور الى ما وراءه الى القول بأن المحكمة العليا فى أمريكا لم تلتزم حدود الدستور بل تجاوزته الى ما يسمى بالمبادئ التى تعلوه.

ولقد توصل قضاء المحكمة العليا بذلك الى ن يفرضوا تصوراتهم الخاصة لتلك المبادئ العليا ، فالقضاء الامريكيون يعتبرون أنه نظرا للاحترام الواجب للدستور فمن المفروض أنه أى الدستور ، لا يقرر سوى قواعد واجراءات مطابقة للقانون الطبيعى ، وما يفعله القاضى فى الحقيقة هو أن يحمل المشرع على احترام ما وراء تلك الاجراءات المقررة بالدستور ،

---

(١) د/ السنهورى : مقاله السابق – ص ١٠٢ .
(٢) المقال السابق ص ١٠٥ .
(٣) د/ السيد الباز : الرقابة على دستورية القوانين – المرجع السابق – ص ٥٨١ .

وهي المبادئ العليا التى تهدف النصوص والاجراءات الواردة بالدستور الى اقامتها وتنفيذها[١] .

فالقضاة يبحثون ما وراء الدستور من مبادئ يريدون استلهامها ، وهم يقرون بأن الدستور هو العقد الذى يبيح لهم أن يفرضوا احترام الفكرة القانونية العليا أو الحقوق العليا ولكن الدستور لا يمكن أن يحيط بتلك الفكرة وتلك الحقوق . فما الدستور الا وسيط بين تلك القواعد السامية وبين الحياة الاجتماعية ، شأنه فى ذلك شأن القانون العلوى . وبواسطة تفسير القضاة الموسع لشرط الطريق الواجب قانونا قرروا بأنه يوجد قانون طبيعى ، وبما أن الدستور قد ألزم المشرع باتباع الطريق الواجب قانونا فانه قد ألزمه أن يهدف من تشريعاته الى أن يسبغ روح هذا القانون الطبيعى على القانون الوضعى[٢] .

ان خطورة استجلاء هذه المبادئ العليا أن القضاة هم الذين يحددون تلك المبادئ وفقا لتصوراتهم ، وهم الذين يقررون بالتالى أن قانونا ما يطابقها ، وان قانونا آخر يتعارض معها فيعدونه بالتالى غير دستورى وبذلك يصبح القضاة هم المشرعون الحقيقيون ، ويقيمون بذلك حكومة القضاة[٣] .

ان العالم الواقعى هو الحقيقة العلمية الوحيدة فى هذا الصدد وهو وحده الذى يصلح موضوعا وأساسا للعلم القانونى أما العالم المثالى على اختلاف أسمائه فليس الا تصورا شخصيا لفكرة أو مفهوم معين للحق أو

---

(١) جاك لامبير : التاريخ الدستورى للاتحاد الامريكى - سنة ١٩٣٧ - جـ٤ - ص ٢٦٨ .
(٢) جاك لامبير : المرجع السابق - ٢٦٦ ، ٢٦٧ .
(٣) د/ الباز : المرجع السابق - ص ٥٨٣ .

العدل وليس فى مقدور صاحبه أن يقيم الدليل عليه أو يكشف عن حدوده بطريقة موضوعية يقبلها المنهج العلمى . وعليه فاننا نتردد كثيرا قبل أن نسمح للقاضى بالزام السلطة التشريعية بهذه المبادئ العامة غير المحددة أو المنضبطة .

فمنح القاضى سلطة استخلاص القاعدة من ضمير القاعدة أو من المبادئ العامة للحق والعدل أو من القانون الطبيعى يخرج به تماما عن مهمته ويكل اليه عملا تشريعيا لاشك فى طبيعته . وهل العمل التشريعى فى حقيقته الا استخلاص لمضمون معنى من أحد هذه المصادر السابقة وتحويله بعملية فنية خاصة هى الصياغة القانونية الى قاعدة قانونية وضعية؟(١).

اننا حين نعمل على أن يكون التشريع متفقا لا مع نصوص الدستور فحسب بل كذلك مع روحه ، مع المبادئ أو الفلسفة السياسية والاجتماعية أو المبادئ الدستورية العليا التى وضع مستوحيا اياها والتى سار واضعو على هداها .اننا حين نقول ذلك فانما نضيف عمادا الى تلك الأعمدة التى تقام لحماية الدساتير من العبث بأحكامها ، وصيانة الحريات من انتهاك حرماتها ، اننا حين نقول ذلك انما نعمل من أجل هدف نبيل ، ولكن هذا السبيل الذى تسير فيه من أجل ذلك الهدف وعر يعتوره الخطر لذلك لزم اجتيازه بحذر ، ذلك أننا حين ننيط مهمة تلك الرقابة لهيئة قضائية ، فانها ستخرج فى الغالب من الحالات من ميدان رقابة المشروعية الى رقابة الملاءمة أى أن القاضى سيخرج من حدود مهمته الفنية القضائية ليدخل حدود الميدان السياسى ، ميدان رقابة السياسة التشريعية للدولة ، أى

(١) د/ أحمد كمال أبوالمجد : الرقابة على دستورية القوانين - المرجع السابق - ص ٦٠٠ ، ٦٠١ .

القيام بمهمة من شئون الحكم لا من شئون القضاء ، فحين يعمد رجال القضاء الى استجلاء روح الدستور أو تلك المبادئ الدستورية العليا غير المدونة فى الدستور ، حين يدخلون ذلك الميدان فانما يفتحون أمامهم باب التقديرات الشخصية والنزعات الخاصة السياسية ، وسينتهى الأمر إلى احلال الرأى السياسى للقاضى مكان الرأى السياسى للمشرع ، أى أن الأمر سينتهى الى اعتداء من جانب السلطة القضائية على السلطة التشريعية ، أى انتهاك لحرمة مبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات معا[1].

ولكن اذا كانت هذه الأموال صحيحة نظريا فهل الواقع العملى يؤيدها ؟ وبمعنى آخر هل يلتزم القضاء بعدم الالتجاء لهذه المبادئ فعلا ؟

ان القاضى لا يجوز بداهة أن يستعين بهذه المبادئ ليتجاهل حكما من أحكام الدستور ، ولكن الأمر لا يمكن أن يبدو ببساطة فى هذه الصورة، أى أنه لا يمكن للقاضى أن يتجاهل نصا صريحا فى دستوره ليطبق مبدأ عاما مهما كان هذا المبدأ من حيث السمو والارتفاع .

والاقرب الى الواقع العملى أن القاضى يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور اذا تحملت التأويل ، أو أنه يعتمد فى تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور ، أو عدم وجود نص صريح يعارضها ، فيطبق هذه المبادئ ، باعتبارها أصلا عاما أو قاعدة واجبة الاتباع ومن هنا لاتبدو ثمة مشكلة ، فما دام القاضى لم يتجاهل حكم الدستور أو يؤوله تأويلا خاطئا بغية الاستعانة بهذه المبادئ ، فان هذه المبادئ العليا تلعب دورها

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : مقاله سالف البيان - ص ٧٢ ، ٧٨ .

الطبيعى مشكلة العنصر الذى يمكن القاضى من استنبطا الحلول للمنازعات الدستورية التى تطرح أمامه . فعمل القاضى الدستورى لا يفترق عن عمل نظيره المدنى أو الادارى من حيث الجوهر ، وهو يحتاج مثلهما الى مبادئ عامة يستقيها من دستوره ومن الأصول ذاتها التى تحكم عملية وضع الدستور ، ومنها أيديولوجيته وما تهدف اليه ، والأصول النظرية والسوابق العملية لما سبق من دساتير ، والمفهوم السائد فى المجتمع عما تتضمنه الدساتير من أحكام تتعلق بالحقوق والحريات العامة وما يحويه الضمير القانونى فى المجتمع .

كل هذه العوامل تتداخل فى عملية التطبيق القضائى للدستور ، فهى ليست عملية مطابقة بين نصين فقط ، ويمكن أن نذكر أن هذا المجهود هو ما دعا بعض الفقهاء الى التخوف من سلطان القاضى الدستورى[١] . ولا يمكن القول أن القاضى لا يجوز له الخروج عن نطاق نصوص الدستور والا لاصبحت الرقابة القضائية ولا قيمة لها وازاء هذه المنازعات التى تتضمن من القوانين ما لا يمكن ايجاد نص دستورى يجيزه أو يحرمه ، ولما احتجنا لهذه الرقابة القضائية أصلا ، ومن هنا فان رأى بعض الفقهاء بعدم جواز استعانة القاضى بالمبادئ العليا على أساس أنه لا يجوز له أن يخرج بالرقابة الى هذا النطاق ، هو تصور غير واقعى للمشكلة ، فالقاضى لن يخرج صراحة عن نصوص الدستور ليطبق أحد هذه المبادئ ، ولكنه ليستعين بها فى فهم أحكام الدستور وتفسيرها وتطبيقها ، ومن هنا كان القول بأن القاضى حين يستعين بهذه المبادئ ، أو يخرج بالرقابة الى هذه المبادئ فانه يخرج عن حدود وظيفته ، وأن من حدودها أن تكون الرقابة داخل اطار

---

(١) بيردو : مؤلفه سالف البيان – ص ١١٢ .

الدستور لا خارجه . هذا القول[١] هو مصادرة على المطلوب ، فمتى تعد الرقابة داخل اطار الدستور ، ومتى تعد خارجه؟ وهل من المتصور أن القاضى حين يفسر كلمة الاقطاع مثلا الواردة فى الدستور المصرى ، انه يفسرها داخل اطار الدستور أم أنه يستعين بكل ما يستطيع به فهم هذه الكلمة حتى من خارج الدستور؟ وحينئذ هل من الحكمة ان نقول ان القاضى تجاوز نطاق الرقابة/ بالطبع لا ، فمهما كانت تفسيرات القاضى ، وتأويلاته للنصوص الدستورية فانه لا يخرج عن حدود الرقابة مثله فى ذلك مثل نظيره المدنى أو الادارى .

وهو أمر يجب التسليم به ما دمنا قد سلمنا بوجود سلطة أخرى تهيمن على تفسير الدستور وتطبيقه ، فهذه حقيقة تقتضيها طبيعة وجود شخص آخر غير الذى وضع الدستور يقوم بتطبيقه فما دام واضع الدستور مثله مثل واضع القانون لا يملك تطبيق الدستور أو القانون ، وهو من صنع يديه ، فان من يطبقه تصبح له ثمة سلطة فى هذا التطبيق لا يمكن انكارها ، واذا كان التطور القانونى لم يسمح له بأن يفصح عن سلطانه هذا فى صورة صريحة فهو يطبق الدستور والقانون محتميا فى غالب الأحيان وراء سلطته الأصلية وهى التفسير ، لذا كانت مشكلة المبادئ العليا غير المدونة مشكلة تفسير فى المقام الأول ، فهل يمكن منع القضاء من الاستفادة بهذه المبادئ عند استخدام سلطته الأولى فى تطبيق النص ألا وهى تفسيره؟.

ان من الواضح أنه ليس هناك سبيل عملى لالزام القضاة بهذا المسلك أو منعهم من الالتجاء الى هذه المبادئ العامة أو العليا غير المكتوبة ،

(١) د/ الباز : المرجع السابق - ص ٢١٨ .

والسبيل الوحيد المتصور لتحقيق هذاا لالزام هو التذكير بأهمية التقييد الذاتى كمظهر لاحترام مبدأ الفصل بين السلطات والزام الحدود الطبيعية للوظيفة القضائية من ناحية كوسيلة للمحافظة على مبدأ الشرعية بحماية القضاء من الهزات السياسية الناتجة عن الاسراف فى استعمال الرقابة من ناحية أخرى(١).

وهذا الرأى قد لمس موضع المشكلة وأنها تكمن فى طبيعة ما يقوم به القضاء من تفسيرات لنصوص الدستور وينتهى الى ان القضاء يملك دائما وسيلة طيعة فعالة للرقابة على أعمال السلطات العامة دون محاكمتها مباشرة الى نص قانونى معين ونعنى بذلك سلطته فى تفسير القوانين وغيرها من أعمال السلطات العامة(٢).

ويمكن القول أن مشكلة العرف الدستورى واعلانات الحقوق والمبادئ العليا التى تهيمن على التشريع فانها ذاتها تتضافر لتعين القاضى فى نطاق تفسيره أو أن القاضى حين يستعمل سلطته فى التفسير يستعين بكل هذه العوامل عند تطبيقه للنص الدستورى ، لذلك فان مشكلة هذه العوامل تكمن فقط فى تلك الحالة التى يَخرج فيها القاضى عن نصوص الدستور ليطبق أحد هذه المبادئ أى يحلها محل النص المكتوب هنا يظهر خروج القاضى الدستورى عن الدستور نفسه خروجا صريحا ، أما فى حالة استعانته الضمنية بها فلن يظهر ان هناك ثمة مخالفة دستورية .

وأخيرا بالنسبة لما أورده الدكتور السنهورى حول هذه المبادئ ،

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٦٣ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٦٣ وتضمن فى تعليقه على هذ السلطة مدى التوسع فى التفسير الذى أدى إلى نشوء حكومة القضاء مما سوف نتناوله فى حينه .

فالواقع أنه قد ساوى بين المبادئ العامة للدستور أو مبادئه الأساسية ، والمبادئ العليا له ، ففي حين أن الأولى موجودة بالدستور ذاته ، فان الأخيرة لا توجد به ، وانما يخضع الدستور لها ويدين باحترامها ، وان لم تكن مدونة فيه كما هو شأن القاعدة القانونية أو القانون الأعلى فى نظر دكتور يحيى ، فهناك فرق بين المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور والمبادئ العامة له[1].

وان كانت هذه الملاحظة صحيحة الا أننا نرى أنه لا فرق بين مبدأ عام يستنبطه القاضى من مبادئ الدستور وآخر يستنبطه من خارجه . فكل منهما (المبدأين) يمتزج بالآخر فى نهاية الأمر ، فمثلا مبدأ الفصل بين السلطات غير المنصوص عليه صراحة فى الدستور ، وانما يستشف من أن الدستور حدد نطاقا لكل سلطة لا تستطيع أن تتجاوزه[2].

هذا المبدأ الذى اعتبره دكتور السنهورى ، مبدأ من مبادئ الدستور العليا اعتبره دكتور/عبدالحميد متولى، يمكن استخلاصه من الدستور ذاته، فان أساسه امتزاج هاتين الفكرتين معا . ذلك أن تحديد الدستور لكل سلطة نطاقا معينا ، لا يفيد بذاته وجود فصل بين السلطات فيمكن أن تكون الأعمال المنوطة بكل سلطة من السلطات، هى على سبيل المثال لا الحصر مثلا وقد توجد من المواضيع مالم ينص الدستور على حكمها بوضوح فيحتمل أن تدخل فى اختصاص كلتا السلطتين ، ولكن مما أكد وجود هذا المبدأ هو وجود مبدأ أعلى يتمثل فى طبيعة النظام الديمقراطى الذى حاول

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٧٠ ، ويتناول من خلال هذه السلطة جانبا آخر من جوانب هذه المبادئ الدستورية العامة .

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق - ص ١٠٧ .

دستور سنة ١٩٢٣ أن يطبقه في مصر . أو الذي يجب أن يهيمن على دساتير الدول الديمقراطية بوصفه ركنا من أركان أيديولوجيتها ، فتأكد هذا المبدأ وثبت باستنباط وجود نطاق محدد بالدستور لكل سلطة من السلطات لا يجوز لها أن تتجاوزه فهكذا عملت المبادئ العليا على أن تؤكد مبدأ مستنبطا من ذات مواد الدستور وتركيبه ، وإن كانت مخالفة مقتضى هذا المبدأ لا يمثل انحرافا فى التشريع ولكن تمثل مخالفة عادية للدستور بوصف أن التشريع قد يخالف الدستور ذاته أو مقتضاه ، أو روحه .

وأخيرا يجدر بنا أن نشير الى ان الايديولوجية الغالبة فى نصوص الدستور لها أثر كبير فى توجيه القاضى نحو المبادئ التى يستنبطها ، فالقواعد الدستورية التى تصدر عن فلسفة متكاملة فى الحياة تخضع فى تفسيرها للمبادئ العامة التى تحكم هذه الفلسفة بحيث تلزم الجهة المختصة بالتفسير بعدم الخروج عليها وبتوجيه التفسير لما يحقق الهدف من هذه الفلسفة المتكاملة ، فتفسير حرية الرأى مثلا الواردة فى الدساتير الشيوعية لا يمكن أن تشابه تفسير ذات الحرية فى الدول الغربية[١].

ومن هنا نستطيع أن نظهر بجلاء مدى سلطان القاضى الدستورى على النص الذى يطبقه ولكن هل هناك واقع عملى يؤيد هذا القول؟ هذا ما سنعرضه فيما بعد .

---

(١) د/ رمزى الشاعر : المرجع السابق – ص ٣٤٩ .

الفرع الثانى

المبادئ الدستورية

وسلطة القاضى فى التفسير

عند البحث عن دور القاضى الدستورى فى تفسير الدستور ليتسنى له تطبيقه على الدعوى المنظورة أمامه ومعرفة اتفاق أو أختلاف القانون مع نص دستورى أو أكثر ، لا نجد خلافا كبيرا عن ذلك الدور الذى يقوم به كل من القاضى الجنائى أو المدنى أو الادارى ، فقواعد التفسير واحدة لا تختلف فى أساسها وأن اختلفت طبقا لطبيعة موضوع التفسير ذاته عقد أو قانون أو دستور ولتفصيل ذلك نقول :

ان وسائل تفسير الدستور الأصل فيها أنها اما ان تكون وسائل داخلية فى ذات الدستور أو فى وسائل خارجية عنه ، والوسائل الداخلية أولها هو دلالة الالفاظ على النصوص الدستورية وتراكيبها وذلك لاستخلاص معانى النصوص الدستورية . فيجب أولا الرجوع الى معنى الفاظ النص فى اللغة ، اما اذا وجد له معنى اصطلاحى وجب فهمه بهذا المعنى اذ المفروض ان الشارع عندما يستعمل الفاظا معينة انما يستعملها فى معناها الاصطلاحى وليس فى معناها اللغوى وهذا النوع من التفسير لا يتيسر الا اذا كان النص واضحا لا غموض فيه ، أما فى حالة غموض النص أو عدم تحديده فهنا يجب الالتجاء الى التفسير المنطقى وهو تفسير يستند الى الوسائل المنطقية التى يستخلص منها مفهوم النص دون الرجوع الى عناصر خارجية عن النصوص ، ومن ذلك الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى ، والاستنتاج من مفهوم المخالفة وتقريب

النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض ، وهو الذى يمكن أن يطلق عليه تنسيق النصوص . ومن وسائل التفسير الخارجية الاستعانة بالحكمة التشريعية وهى الغاية التى يتوخاها المشرع الدستورى من وضع النص وهى عبارة عن المصالح الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية التى يستهدفها كما أن للمفسر أن يسترشد بالأعمال التحضيرية للتشريع والمصادر التاريخية التى استقى منها المشرع نصوص الوثيقة والقواعد الدستورية بصفة عامة والعوامل الاجتماعية التى ينطبق عليها النص كذلك(١) .

واذا نظرنا الى كل من هذه العوامل التى أشرنا اليها فى خصوص التفسير ، نجد أنها تتفق مع تلك التى يستخدمها كل قاض فى عمله . فما هو أثر الدستور على عملية التفسير أو بمعنى آخر هل هناك طبيعة خاصة للدستور تقتضى الأخذ ببعض هذه العوامل دون بعض ، أو كل هذه العوامل أم أن هناك عوامل تكون لها الغلبة ؟

ان طبيعة الوثيقة الدستورية تختلف عن طبيعة التشريع من عدة وجوه، فالقاضى كما سلف البيان ليس له الا الوثيقة الدستورية يفسرها ويطبقها على الدعاوى المنظورة أمامه ، ومن ناحية أخرى فان هذه الوثيقة تمتاز بالايجاز ، نظرا لأنها توضع لتبقى مدة طويلة من الزمن ولا توضع لوقت معين أو لمناسبة معينة ، كما أنها تمتلئ بالعبارات الواسعة الفضفاضة لتستطيع أن تستوعب العديد من الظروف وأن تعطى الفرصة لتغطى حالات تغير الظروف بتغير الزمان وفى هذا اختلاف عن التشريع

---

(١) د/ رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى - جـ٢ سنة ١٩٨٠ - ص ٣٣٦ وما بعدها ، وكتب تفسير النصوص القانونية السابق الاشارة اليها .

الذى يكون أكثر انضباطا فى الفاظه واسهابا فى احكامه ووجود أساس فكري يتمثل فى الأعمال التحضيرية والمذكرات الايضاحية ، كما أن هناك السلطة التشريعية القائمة التى تستطيع أن تجلى ما غمض من أحكامه وتلغى ما أصبح عتيقا منها لا يتناسب والتطور الواقع فى المجتمع ، من هنا كان الاختلاف فى الاعتماد على وسائل التفسير السالفة البيان ذلك أن الأعمال التحضيرية بالنسبة للدستور اذا كانت لها نفس مكان الاعمال التحضيرية التى للتشريع ، لما استطاع القاضى الدستور أن يوسع من مفاهيم النصوص لتتطابق مع التطورات الجديدة فى المجتمع ولوقف الدستور الأمريكى مثلا فى تطبيقه عند لحظة وضعه منذ أكثر من مائتى عام وهو ما لا يمكن تصوره عقلا وهذا ما يضعف عنصر الاعمال التحضيرية عند تفسير الدستور عنه عند تفسير القانون ، كما أن ايجاز الدستور وعمومية الفاظه وعدم تحديدها تترك الفرصة واسعة لفرض تفسيرات ومفاهيم القضاة على القانون بوصفهم الجهة المنوط بها تفسير الدستور عند انزال احكامه على القانون ، واذا كنا قد أوضحنا فى السابق مدى امكانية فرض القاضى لارادته عند تفسير القانون فالحال هنا عند تفسير الدستور أوضح ، والأكثر اتفاقا مع طبيعة الدستور الموجزة والالفاظ التى تتسم بالعمومية وعدم التحديد وهى المقصود بها ذلك حتى تساير كما سبق وأوضحنا سائر امكانيات تطبيق نصوصها على مر السنين الطويلة التى وضع الدستور كى يكون جامدا غير قابل للتعديل بسهولة .

ومن هنا يبرز دور القاضى الدستورى ليفرض تصوراته وتقييمه وتحديده للنصوص الدستورية .

والنصوص الدستورية تنقسم الى قسمين : القسم الأول : يتضمن

نصوصا محددة تحديدا دقيقا فى عباراتها وواضحة فى مدلولاتها لدرجة أن تفسيرها يأتى فى حدود مرسومة بجلاء ، الأمر الذى يترتب عليه أنه نادرا ما تكون هذه النصوص محلا للجدل أو الخلاف . والقسم الثانى : نصوص تضع معايير واسعة للتعامل المشروع بالاضافة الى مبادئ لم ينص عليها الدستور ولكن يتم استنتاجها من بعض المبادئ الأولية ومن ذلك كلمات الحرية والملكية والمساواة والحماية المتساوية فى القانون ويمكن القول أن المحكمة لا تقوم باستنتاج المعنى من أجل هذه الكلمات والعبارات الغامضة ولكنها تضع لها معنى من خارجها[١].

والواقع أن اعطاء المحكمة لهذه الكلمات أو العبارات معنى من خارجها ، أمر يتفق وطبيعة دور القاضى الذى يجب أن يحدد مدلولا أو مفهوما لهذه العبارات التى تتميز بالعمومية والاتساع ، فالأمر ليس خروجا منه عن نطاق وظيفته وانما هو من صميم أعمالها . واذا كان مقدرا لمفهوم معين لمثل هذه العبارات أن يسود فهو مفهوم القاضى وفقا لقوة الحكم القضائى الصادر منه متضمنا هذا المفهوم بالنسبة لسائر الوسائل الأخرى فى التفسير ، ولكن من أين يستقى القاضى مثل هذا المفهوم لهذه العبارات والألفاظ؟ وكيف يستطيع أن يحدد لها مفهوما محددا؟ وأخيرا كيف يتسنى له أن يصل الى حل لمنازعة دستورية تتضمن المطالبة بتطبيق مبدأ غير منصوص عليه صراحة بالوثيقة الدستورية؟ وهل يجوز له أن يبتدع من المبادئ ما ليس بمنصوص عليه بالوثيقة الدستورية ؟

كل هذه التساؤلات يمكن أن تصل الى اجابة عليها اذا عرفنا أن

(١) أنظر : Felix Frankforter Mr. Justice Holmes and the supreme court 1939 p 5.

القاضى له مبادئ عامة حقيقية يفرضهاعلى تفسير ما غمض من نصوص تشريعية أو دستورية تقدم له الحل فى غياب النص التشريعى أو الدستورى أو عدم تحديده أو تضارب أحكامه ، فماهية هذه المبادئ فى النطاق الدستورى ومدى أهميتها ؟

ذكرنا فيما سبق أن القاضى المدنى أو الجنائى ، ونظرا لقدم العهد بالتقنين المدنى والجنائى فى العالم أجمع ، فهما يعتبران من أوائل القوانين التى ظهرت حتى تغطى ما طرأ فى المجتمع من حوادث وتحل ما ينجم عن التعامل من مشكلات ، فقد أدى ظهورها قديما وتطورها واهتمام الفقهاء بها الى ظهور مبادئ عامة قانونية تهيمن على المجموع أو التقنين المدنى والجنائى ولقد استطاع الفكر القانونى أن يسيطر على عددا كبيرا من هذه المبادئ فى التقنينات المختلفة وأصبحت جزءاً منها يستعين بها القاضى عند عدم جزاء وجود نص يحكم النزاع أو غموض النص أو قصوره . ووفرت عليه عناء البحث والاستنتاج والاستنباط وان لم تبلغ هذه العملية فما زال القاضى يتمتع بقدر من الحرية فى استنباط الحلول فى حالة عدم وجود مبدأ عام مسطور يضع حلا للنزاع .

ولقد ذكرنا ان المبادئ العامة تكاد تقف فى مركز متوسط بين الفكرة العامة للوجود وبين القواعد الوضعية المعمول بها فى مجتمع معين فالمبادئ العامة تعبر تعبيرا كليا عن الفكرة العامة للوجود ثم تأتى القواعد القانونية فتعبر تعبيرا جزئيا عن الأفكار تضمنتها المبادئ الأساسية ؛ المذكورة وهذه المبادئ تستعصى على التحديد ، وهى يمكن التعرف عليها لا تعريفها .

وهذه المبادئ تسبق ظهور القواعد القانونية الوضعية وهى بذلك يمكن

أن توحى المشرع باصدار التشريعات واذا استلهم القاضى هذه المبادئ لقصور فى التشريع أو غموض أو نقص فانه يسلك نفس طريق المشرع وعليه يكون أقرب الى المشرع . ومن ذلك مثلا استلهام القاضى لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة فى القانون المصرى(١) .

والمشرع الدستورى يستلهم بعضا من هذه المبادئ القانونية العامة ويضمنها فى نصوصه ومن ذلك مثل فى الدستور المصرى المواد المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات العامة وسيادة القانون والمقومات الأساسية للمجتمع(٢) .

---

(١) د/ سمير عبدالستار تناغو : النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف ص ٢٥٤ الى ص ٢٥٧ ، وانظر د/ يحيى - القوى المخالفة للقانون ص ٣٤١ إلى ص ٣٣ ، ديجى - ١٩٥٥ .

(٢) فى المواد ١٦ ، ١٧ - ١٨/ ٢٠/٣٤/٣٨ ، الواردة بالباب الثانى الخاصة بالعقوبات الأساسية للمجتمع .

(٣) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٢٦٠ .

الفرع الثالث

أمثلة تطبيقية لأثر هذه المبادئ

فى تطبيق الدستور (فى مصر)

سنحاول فى هذا الجزء أن نجد تطبيقا لما قلناه سلفا حول الامتزاج بين مقتضى تفسير النصوص الدستورية ووجود مبادئ وقواعد دستورية عامة أو عليا أو ما يسمى بروح الدستور تمتزج فى هذا التفسير ، وسنسرد هنا أمثلة لذلك مستخلصة من القضاء الدستورى المصرى ، سواء ما كان منها صادرا من مجلس الدولة ابان كان قاضيا دستوريا قبل انشاء المحكمة العليا عام ١٩١٨ حيث كان ينظر فى الدفوع المطروحة أمامه بعدم دستورية القوانين منذ الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى عام ١٩٤٨ .

(١) نص دستور ١٩٢٣ فى مادته الرابعة على أن الحرية الشخصية مكفولة ، وفى مجال تحديد مدى ما يمكن أن يبلغه القانون لكفالة هذه الحرية أى مدى قدرة القانون على تنظيم هذه الحرية ، ذهبت محكمة القضاء الادارى الى ان النصوص الواردة فى باب حقوق المصريين العامة وواجباتهم، أن هذه النصوص التى تقرر الحقوق العامة للمصريين انما هى خطاب من الدستور للمشرع تقيد فيه من حرية المشرع نفسه ، فالحرية الشخصية هى ملاك الحياة الإنسانية كلها لا تخلقها الشرائع بل تنظمها ولا توجدها القوانين بل توفق بين شتى مناحيها وتختلف توجيهاتها تحقيقا للخير المشترك للجماعة ورعاية للصالح العام ، فهى لا تقبل من القيود الا ما كان هادفا الى هذه الغاية مستوحيا تلك الأغراض . فالحرية الشخصية هى حق أصيل للإنسان ، وجماع ما فى العالم من مزايا وصفات نشأت من

الخلق الأول وتمشت مع تطور الحياة ، جنبا الى جنب فاذا ما نصت عليها الشرائع قائما لتأكيدها وتمكين أصولها ثم توجيهها وتنظيمها لخير الأفراد ورعاية للصالح العام[1].

وبهذا المفهوم عن الحرية الشخصية أنزلتها المحكمة منزلة المبدأ الدستورى العام الذى تهيمن على باب حقوق المصريين وواجباتهم واستشفت منه أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تقيد من هذا الحق الا فى حدود الهدف المخصص الذى حددته المحكمة ، ألا وهو تحقيق الخير المشترك للجماعة ورعاية للصالح العام ، ولا شك أن فى ايجاد المحكمة لهذه المعايير لهو ابتداع منها ، ففى تفسيرها لمقتضى كفالة الحرية الشخصية فرضت المحكمة كما نرى تصورها الذى استحدثته من العوامل الكثيرة التى سبق وأشرنا اليها وانتهت الى اعطاء الحرية الشخصية هذه المكانة العالية .

(٢) استنادا الى مفهوم المحكمة عن الحريات عموما ومكانتها فى الحياة السياسية للجماعة ذهب الى أن حرية العمل من الحقوق المعترف بها من قديم الزمن التى تضمنتها بعض الدساتير ولا يعتد فيها - الا بمراعاة الصالح العام ، وعلى ضوء ذلك يجب أن تفسر التشريعات التى تحد منها فى أضيق الحدود بالقدر الذى يستهدف المصلحة العامة من اصدارها وعند التأويل أو الغموض يجب الأخذ بما يطلق الحرية من عقالها ، أو بما يخفف

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى - القضية ٢١٧ لسنة ٤ جلسة ١٩٥١/٣/٨ مجموعة السنة الخامسة ١٦٤ ص ٦٩٩ - وحكمها فى الدعوى ٥٨٧ لسنة ٥ جلسة ١٩٥١/٦/٢٦ مجموعة أحكام السنة الخامسة رقم ٣٥٧ ص ١٩٣ - والدعوى رقم ١٤٧٤ لسنة ٥ جلسة ١٩٥٣/١/١٢ مجموعة السنة السابعة مبدأ ١٩٠١ لسنة ٣٦٢ .

من القيود الواردة على أصل من الأصول الطبيعية للإنسان ، الا وهى حرية العمل[١] .

هذه النتيجة التى انتهت اليها المحكمة والتى تضع أساسا من أسس التفسير لم تنته الى هذا الأساس الا وفق المبدأ العام أو المبدأ الأعلى الذى انتهت اليه من علو الحريات العامة عموما وأن الأصل فيها هو الاطلاق والاستغناء هو التقييد فيها كان للمبدأ العام أثره فيما انتهت اليه المحكمة من وضع قاعدة التفسير .

(٣) تنص المادة ٥٦ من دستور ١٩٧١ على أن انشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، وذهبت المحكمة الدستورية العليا[٢] ، إلى أن مقتضى هذا النص وأنه جاء فى باب السياسة والحقوق والواجبات العامة بالدستور أنه أوجب أن يقوم تكوين النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى ، وذلك تعميقا للنظام الديمقراطى الذى اعتنقه الدستور وما أورده فى كثير من مواده من أن أحكام ومبادئ تحديد مفهوم الديمقراطية التى أرساها وتشكل معالم المجتمع الذى ينشده ، واذا كانت حرية الرأى والاختيار هما من الحريات والحقوق العامة التى تعد ركيزة لكل صرح ديمقراطى سليم وان الدستور يبين فى نصوصه حرية الرأى وعنى بتمكين المواطنين من ممارسة حقوقهم العامة ومنها حقهم فى اختيار قيادتهم ومن ينوب عنهم فى ادارة شئون الحكم ورعاية مصالح الجماعة عن طريق الانتخاب .

(١) محكمة القضاء الادارى ٧١٢ لسنة ٩ – جلسة ١٩٥٤/٣/٢٩ مجموعة أحكام السنة ٨ ص١١٠٢.

(٢) حكمها فى القضية ٤٧ لسنة ٣ ق دستورية – جلسة ١٩٨٣/٣/١١ ، والمنشورة بالجريدة الرسمية – العدد ٣٥ فى ٢٣ يونية ١٩٨٣ .

فيكون مقتضى النص سالف البيان أن يكون لأعضاء النقابة الحق فى أن يختاروا بأنفسهم وفى حرية قياداتهم النقابية التى تعبر عن ارادتهم وتنوب عنهم مما يستتبع عدم جواز اهدار هذا الحق بحظره وتعطيله وانتهت المحكمة الى أن القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ نص فى مادته الأولى على أن تنتهى مدة عضوية نقيب المحامين الحالى وأعضاء مجلس النقابة الحالى من تاريخ نفاذ هذا القانون وهم الذين تم اختيارهم بطريق الانتخابات من قبل أعضاء النقابة يكون قد أقصاهم من مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية وذلك عن طريق هيئة النقابيين المتمثلة فى الجمعية العمومية للنقابة فتعطل حق اختيارها لهم مما يعنى مخالفة نص هذه المادة لمبدأ الحرية النقابية وتعارضها مع الأساس الديمقراطى الذى أرساه هذا النص قاعدة لكل بنيان ديمقراطى .

ولقد أوضحت المحكمة فى هذا الحكم تفسيرها لمعنى الأساس الديمقراطى لانشاء النقابات والاتحادات ومؤكدة مبدأ من المبادئ الدستورية الأساسية فى النظم الديمقراطية وهى ان النظام الديمقراطى يقوم على حرية الرأى وحرية الاختيار وهو ما يعنى أن هناك حريات لصيقة بالمبدأ الديمقراطى لا يتسنى تطبيق المبدأ دونها أو فهمه بعيدا عنها . وهو تفسير يتفق مع مفهوم الديمقراطية فى الدستور المصرى الذى اعتنقته المحكمة وطبقته وأبرمت مقتضى المبدأ الديمقراطى فى حرية الرأى وحرية الاختيار.

(٤) وأخيرا هناك من التفسيرات ما تتضمن تعريف العبارات غير محددة مثال ذلك تفسير لفظ المنفعة العامة الواردة فى المادة ٣٤ من دستور سنة ١٩٧١ التى تنص على أن الملكية العامة مصونة ولا تنزع الملكية إلا

للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون ، فذهبت المحكمة[١] الى أنه يكفى لتحقيق المنفعة العامة أن يكون نزع الملكية قدتم لضرورة عامة أو لصالح عام يعلو علي المصالح الخاصة للأفراد ويؤيد ذلك النظر نص المادة ٣٢ من الدستور التى جعلت للملكية وظيفة اجتماعية حيث لا يكون استخدامها متعارضا مع الخير العام للشعب وانتهت المحكمة الى أن هذا الشرط لا يعنى من ثم تخصيص العقار المنزوعة ملكيته لخدمة مشروع عام أو مرفق عام بحيث يفيد منه جميع المواطنين بطريق مباشر أو غير مباشر . كما ذهبت المحكمة الى أن مدلول التعويض أن يكون مقابلا للملك المنزوع وعليه يتعين أن يكون عادلا وأن يكون تقديره والتظلم منه محاطا بضمانات قضائية وهو تفسير أخذ بفكرة معينة عن العدالة فى التعويض مفادها أن القضاء يجب أن يكون الفيصل بين من نزعت ملكيته للمنفعة العامة والدولة . وهو تفسير يأخذ بمفاهيم غير منصوص عليها من العدل فى التعويض استنبطته المحكمة من روح الدستور ومبادئه العامة كما ان هناك من العبارات الغامضة كنص المادة السابعة من دستور ١٩٧١ م حيث نصت على أن يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعى وقد نعى أحد المتقاضين على نص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لأنها قضت بحبس المحكوم عليه بالنفقة اذا امتنع عن أدائها بأنها تخالف مقتضى التضامن الاجتماعى الواردة بهذه المادة من الدستور الا أن المحكمة[٢]. أوضحت أن هذه المادة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تعمل على دعم التضامن الاجتماعى وتوثيق القيم والتقاليد الرشيدة ، وارساء الأواصر بين أعضاء

(١) المحكمة العليا - الدعوى رقم ١ لسنة ٤ - مجموعة الأحكام سالفة البيان - ص ٢٠٣ .

(٢) المحكمة العليا - الدعوى رقم ١ لسنة ٥ دستورية - جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ - مجموعة الأحكام السابقة - ص ١٦٣ .

الأسرة على دعائم طيبة من المودة والرحمة وبهذا أفصحت المحكمة عن مفهومها لهذا التضامن الاجتماعي .

ومن هذا العرض يظهر مدى امكانية تأثر القاضي الدستوري بمبادئ عامة أو عليا غير مكتوبة ومدى ترجيحه لبعض هذه المبادئ على البعض الآخر وهو ما يعطيه سلطانا عظيما على النص ، ويرجع سلطانه الكبير في هذا المجال - مجال تفسير الدستور - إلى طبيعة نصوص الدستور الموجزة والتي توضع بهذا الايجاز لأنها غير قابلة للتعديل بالسهولة التي يمكن تعديل التشريع بمقتضاها فاذا اضفنا الى هذا عدم وجود سلطة تختص بتفسير الدستور تفسيرا ملزما مثلما عليه الأمر في نطاق التشريع الذي يمكن للبرلمان أن يصدر في شأنه تفسيراً ملزما للكافة من هنا ندرك مدى السلطات الهائلة التي تتمتع بها المحكمة الدستورية في ظل النظام الدستوري والقاضي الدستوري لذلك يحوز سلطات تفوق سلطاته في حالة الكشف عن الانحراف التشريعي ، تلك الحالة التي يلتزم فيها بدوره كقاضي يهدف الى استجلاء الحقيقة في التشريع محل فحصه ، كما يفعل القاضي الاداري حين يفحص قرارا اداريا ليكشف ما به من انحراف ، ففي كلتا الحالتين يقوم القاضي بوظيفته القضائية البحتة كإنسان محايد يستجلي الحقيقة ويحكم بالعدل اما في حالة تفسيره للنص أو تطبيقه له ، فقد يستتر تحت هذه الوظيفة ليهمن على النص التشريعي أو الدستوري ويخضعه لتفسيره ورؤيته وسنعرض في المبحث القادم واقعاً عملياً يخرج فيه القاضي الدستوري عن الدستور ذاته تحت ستار التفسير والتفسير من ذلك براء . ففي حالة فرض القاضي لمبادئ عامة أو عليا تفسيره للنصوص فانه في الغالب يحاول تفسير ما غمض من الفاظ الدستور فيرجح تفسير على آخر اما في الحالة التي نعرض لها فهو يتجاهل المفهوم الصحيح للنص الى مفهوم آخر بعيد كل البعد عن المفهوم الصحيح للنص .

المبحث الثانى

سلطة التفسير والخروج عن مدلول النصوص الدستورية

سنحاول أن نبرز فى هذا المبحث مدى ما فى سلطة القاضى الدستورى فى التفسير من سعة تسمح له بأن يفسر النصوص تفسيرا فى بعض الأحيان يخرج بها عن مدلولها وقصدنا من هذا المبحث وفقا لقصدنا العام في هذا الفصل أن نوضح بجلاء الفارق بين سلطة القاضى فى تطبيق الدستور وسلطته فى الكشف عن أحد العيوب التى قد تعتور قانونا من القوانين وهو عيب الانحراف فهو فى تفسير وتطبيق الدستور يملك سلطات واسعة قد تخرجه في بعض الأحيان عن نطاق عمله كقاض ويجعله يزاحم المشرع عمله وهو ما أدى الى افتقاد الأساس للرقابة القضائية على دستورية القوانين عموما ولهذا سيكون الطابع العملى هو أساس هذا المبحث ، حيث نعرض للقضاء الدستورى فى مصر والولايات المتحدة وهذا لابراز ان القاضى الدستورى عند كشفه عن حالات الانحراف التشريعى لن يزيد هذا سلطه فوق سلطته فى التفسير وتطبيق الدستور بل ان مقتضاه هو التزامه بأهداف المشرع ومحل تشريعه فقط وهو يحاول أن يتبينه من استهداف المشرع الصالح العام عند سنه لتشريعه ودون أن يخرج هذا التشريع من مضمونه أو يجعله مخالفاً للدستور مفسرا الدستور من وجهة نظره - أى القاضى - بما يجعله فى حقيقة الأمر يفرض تفسيره وتصوره هو لمعنى هذا الدستور وهذا البحث يؤكد ما قاله كبير القضاة هولمز من أن كل السلطات فى الدولة بما فيها السلطة القضائية تخضع للدستور ولكن

الدستور ما نقوله نحن فى اشارة واضحة الى قضاة المحكمة العليا فهم فعلا يفرضون رأيهم فى تفسير الدستور على سائر السلطات وأخصها السلطة التشريعية بالطبع .

وسنتناول فى الفرع الأول أمثلة من القضاء الدستورى المصرى وفى الفرع الثانى أمثلة من القضاء الدستورى الأمريكى ثم نوضح دور القاضى الدستورى فى رقابة التكييف فى الدعوى الدستورية .

الفرع الأول

أمثلة من القضاء الدستورى فى مصر

المطلب الأول

القوانين المانعة من التقاضى

تمثل مجموعة هذه القوانين وقضاء المحكمة الادارية العليا فى خصوص دستوريتها - وذلك قبل انشاء المحكمة العليا - مجالا خصبا تصور حدود القاضى الدستورى عند فحص دستورية القوانين ، وقد آثار قضاء المحكمة الادارية العليا فى خصوص دستوريه هذه القوانين هجوما شديدا من الفقه ، ومما لا ريب فيه أن أهمية قضائها فى هذا الخصوص لا يقتصر على أنها حددت مفهوما أو تفسيرا معينا للدستور ولمعنى دستورية القوانين ، أى عدم مخالفتها للدستور ، ولكن أهمية هذا القضاء تبدو أكثر فى مدى تأثر القضاء الدستورى بالمؤثرات السياسية والاجتماعية والقانونية السائدة فى المجتمع . وان هذه المؤثرات تحكم مدى نظرته الى كل من القانون والدستور . وتجعله يحدد مفهوما معيناً ليس فقط لما ينص عليه الدستور ضمنا ، بل لما ينص عليه من مبادئ صريحة .

ومن أمثلة القوانين التى نصت على حظر الالتجاء الى القضاء بوقف تنفيذ أو الغاء أو التعويض عن قرارات معيبة المرسوم بقانون رقم ١١٨١ لسنة ١٩٥٢ فى شأن فصل الموظفين بغير الطريق التأديبى حيث نصت المادة السابعة منه على أنه استثناء من أحكام قانون مجلس الدولة لا يجوز الطعن بالغاء أو وقف تنفيذ القرارات الصادرة بالتطبيق لأحكام هذا القانون، ومن ذلك أيضا المادة ١١٧ من قانون تنظيم الجامعات فى

الجمهورية العربية المتحدة رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ ، حيث نصت على أنه لا يجوز الطعن بالالغاء أو وقف التنفيذ أمام أية هيئة قضائية فى القرارات والأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية فى شئون طلابها ومن ذلك أيضا المادة ٣٨ من القانون ٧٣ الصادر فى ١٩٥٧/٣/٣٠ من أن قرارات الوزير الصادرة بالبت فى التظلمات التى يتقدم بها الموظفون بسبب تخطيهم فى الترقية الى الدرجات المالية الأولى أو ما فوقها تكون نهائية غير قابلة للطعن امام أى جهة كانت وذلك استثناء من أحكام قانون مجلس الدولة ، فالمادة الثانية من القانون ٦٠٠ لسنة ١٩٣٠ .

وانصب الطعن فى هذه القوانين على مخالفتها لقاعدة المساواة الواردة فى دساتير الثورة كما أنها تتضمن منعا من التقاضى يتنافى وما تنص عليه الدساتير من أن القانون يرتب جهات القضاء ويعين اختصاصاتها حيث أن هذه القوانين بذلك النص على منع التقاضى يسلب اختصاصا من اختصاصاتها .

وقد أقامت المحكمة الادارية العليا مذهبها فى دستورية[١] هذه القوانين على أساس أنه حتى يمكن القول بأن هذه القوانين خالفت الدستور لابد أن يكون حق التقاضى هو من الحقوق الدستورية التى نص عليها الدستور ذاته أما والدستور لم يتناول بالاشارة الى هذا الحق فلا يمكن القول بأن هذه القوانين قد خالفت نصا دستوريا وانه يجب التفرقة بين أصل الحق ووسيلة المطالبة به ، فأصل الحق شيئ ووسيلة المطالبة به شيئ آخر واذا كان لا يجوز من الناحية الدستورية حرمان الناس كافة من الالتجاء الى

---

(١) المحكمة الادارية العيا - الدعوى رقم ١٦١ لسنة ٣ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٩ ، والدعوى رقم ١ لسنة ٧ - جلسة ١٩٦٤/٢/٨ و٢٦ لسنة ٩ - جلسة ١٩٦٦/٢/١٦ .

القضاء للانتصاف فإنه يمكن للقانون تحديد دائرة اختصاص القضاء بالتوسع والتضييق لأن القانون هو الذى يرتب الجهات القضائية ويعين اختصاصاتها وعليه فان كل ما يخرجه القانون من ولاية القضاء يصبح معزولا عن نظره.

كذلك ذهبت المحكمة فى تفسيرها لمبدأ المساواة أمام القانون ان المساواة هى المساواة بين افراد طائفة من الموظفين تماثلت مراكزهم القانونية واتحدت خصائصها وان المساواة لا يجوز ان تفهم بالقياس بين أفراد فئة وأخرى وان انتظمتها طائفة واحدة أعم من كان وضع كل فئة ينفرد بظروف ذاتية خاصة(١).

وقد هاجم الفقه فى جملته هذا الاتجاه للمحكمة الادارية العليا(٢). ذلك أن الدستور يجب أن يؤخذ ككل وأن ينظر اليه فى مجموعه فى حالة عدم وجود تلك النصوص الصريحة وان الدساتير التى تنص على ان التضامن الاجتماعى أساس المجتمع وأن على الدولة كفالة الحرية والأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع المواطنين كما هو الشأن فى دستور سنة ١٩٥٦ ودستور ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ لا يستساغ منها صدور تشريعات تحرم طوائف بعينها من المواطنين من حق التقاضى بكافة صوره . فمثل تلك القوانين أبعد ما تكون عن التضامن الاجتماعى وتكافؤ الفرص. والتقاضى بشأن الحقوق المختلفة وان أغفلت نصوص الدستور التصريح

---

(١) أحكام المحكمة الادارية العليا - جلسة ١٩٥٧/٦/٢٩ الدعوى ١٦١ لسنة ٣ - جلسة ١٩٦٤/٦/١٤ ، والدعوى ١١١٦ لسنة ٧ - جلسة ١٩٦٤/١٢/٢٧ .

(٢) لم نجد تأييدا لقضاء المحكمة الادارية العليا الا فى مقالة الاستاذ ابراهيم شحاته - وظيفة القاضى عند فحص دستورية القوانين ، مجلة مجلس الدولة - السنة الثامنة والتاسعة والعاشرة.

بذكره يعد فى تقديرنا نتيجه حتمية لمبدأ الشرعية والحكومه المقيدة . اذ مقتضى هذا المبدأ أن تخضع كل سلطات الدولة للقانون وان تلتزم حدوده وهذا الخضوع لن تكون له قيمة عملية إلا إذا قام القضاء على رقابته وتوكيده وبذلك يمكن القول بأن الرقابة القضائية هى المظهر العملى الفعال لحماية مبدأ الشرعية .

وان تجريد الحقوق الدستورية المختلفة من الوسيلة الفعالة لحمايتها وهى الالتجاء للقضاء من شأنه أن يجعل النص فى الدستور واعلانات الحقوق على ضمانات الأفراد وحرياتهم عبثا لا طائل منه ما دام فى وسع المشرع أن يجرد تلك الحقوق من عنصر الحماية القضائية استنادا الى ما له من حق تنظيم اختصاص القضاء .

وهذه النصوص غير دستورية لانها تتضمن اعتداء خطير على حق من الحقوق العامة المقدسة التى استقرت فى الضمير العالمى والتى تغرض على المشرع العادى بل الدستورى أيضا احترامها ولو لم يرد بها نص صريح فى صلب الدستور المكتوب فالغاء هذا الحق كليا أو جزئيا مخالف حتما للدستور . اما ما هو مباح للمشرع فهو مجرد تنظيم ممارسته دون المساس بأصل الحق أو القضاء عليه[١] .

كما أن المحكمة اذ أقامت تفرقة بين المصادرة المطلقة لحق التقاضى وتحديد دائرة اختصاص القضاء لتتوصل الى تقرير دستورية قفل باب الطعن بالالغاء والتعويض فالمصادرة المكلفة لحق التقاضى كما صورته المحكمة

---

(١) د/ محمود حافظ : القرار الادارى - دراسة مقارنة - ص .

بأنه حرمان الناس كافة من التقاضى هو فرض نظرى لا يخطر ببال أحد واذا جارينا المحكمة فى هذه التفرقة فان قفل باب الطعن بالالغاء والتعويض جميعا لا يمكن أن يصدق عليه إلا أنه مصادرة مطلقة لحق التقاضى أما عمومية هذه المصادرة المطلقة فكل أثرها انها تضيف الى أوجه عدم دستورية هذه المصادرة وجها آخر اساسه الاعتداء على استقلال القضاء[١].

ان المقصود بترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها لا يعدو أن يكون المقصود به هو توزيع العمل بين مختلف المحاكم التى ستكون من مجموعها السلطة القضائية على أساس طبيعة المنازعة بحيث يكون مجموع ما يوزع مساويا لولاية القضاء الكاملة التى يعتبرها الدستور سطة قائمة بذاتها مستمدة من الأمة . فالقانون يجب أن يقتصر تعرضه على ترتيب أداة استعمال السلطة القضائية دون التعرض للسلطة ذاتها ولذلك يجب أن يصدر القانون الذى ينظم جهات القضاء ويحدد اختصاصها فى حدود القيد الدستورى والا كان مخالفا لأحكام الدستور[٢].

ان المفهوم لمعنى ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها الأمر الذى يملكه القانون دون منازع ، هو أن القانون حين يسلب جهة قضائية معينة اختصاصا بنظر منازعات معينة لابد له - والا كان قانونا غير دستورى - أن يحدد فى نفس الوقت الجهة القضائية الجديدة التى تملك نظره ولأن النظر فى هذه المنازعة أما أن يصدر القانون ليحظر على المدعين

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع الساق - ص .

(٢) د/ فؤاد العطار : مجلة العلوم القانونية والاقتصاد ص ٦٢١ وما بعدها ، كفالة حق التقاضى - عدد يوليو ١٩٥٩ - السنة الأولى - العدد الثالث ص ٦٤٣ ، وانظر أيضا د/ فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستورى جـ١ - سنة ١٩٧٤ - ص ١١٥ .

كافة الاتجاه الى أية جهة قضائية فى نوع معين من المنازعات فهو دون شك يدخله فى عداد المصادرة المطلقة لحق التقاضى فى شأن هذه الطائفة من المنازعات ، وبذلك يكون مخالفا للأصول الدستورية المسلمة(١).

ان السلطة القضائية ليست منحة من المشرع وعليه فان هذا المشرع لا يمكنه الغاءها كليا ولا جزئيا لأن الالغاء واحدا فى الحالتين وكميته لا تغير جوهره.

أما تنظيم السلطة القضائية فله شأن آخر وهو ككل تنظيم يملكه المشرع يجب أن يكون الغرض منه تمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم ومن ثم فان المشرع يملك تنظيم السلطة القضائية كما يشاء بشرط أن يكون هدفه هو التنظيم لا الالغاء(٢).

كما أنه بالنسبة من اشتراط أن تكون وسيلة اقتضاء الحق هى وسيلة يقررها الدستور ذاته فان إعمال هذا الشرط على عمومه يؤدى الى اهدار كل الحقوق حتى تلك التى كفلها الدستور ذاته ، اذ ان الدستور لا ينص أبدا على وسيلة اقتضاء الحقوق وانما هو ينص على الحقوق ويكفلها ويؤدى هذا النص ان تتمتع بالحماية القانونية التى تتمثل فى تمكين الأفراد من التقاضى بشأنها(٣).

وبالنسبة لمبدأ المساواة فانه اذا لم يكن هناك شك فى أن التفرقة فى المعاملة بين أفراد ينتمون الى نفس الطائفة ينطوى على اخلال بمبدأ المساواة فان شمول المعاملة الخاصة طائفة أو جماعة بأكملها لا يكفى وحده لتبرئتها

(١) د/ طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة القانون - سنة ١٩٧٦ - ص١٣٢.
(٢) د/ سليمان الطماوى : المرجع السابق - ص ٤٥١ .
(٣) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٦١٦ .

من شبهة المخالفة ويكفي للتدليل على عدم كفاية هذا المعيار أن يتصور قانونا النص على حرمان موظفى عدد المصالح من حقهم فى التقاضى فى شئون وظائفهم أو قانونا يحرم سكان مدينة معينة من هذا الحق فهل يمكن القول أن مثل هذه القانون لا يخالف مبدأ المساواة .

اننا نضيف الى المعيار الذى قررته المحكمة أن التفرقة فى المعاملة يمكن أن يخالف مبدأ المساواة ولو تمت بين الطوائف بأكملها دون التمييز بين أفرادها وذلك اذا كان أفراد هذه الطائفة أو الطوائف تميزها بمعاملة خاصة لا يستند الى اعتبار موضوعى معقول . وقد كان على المحكمة اذا رأت الدفاع عن القانون من هذه الناحية أن تبين الأساس الموضوعى الذى يمنح تخصيص القرارات الصادرة من الهيئات الجامعية وشئون طلابها بمعاملة خاصة تختلف عن معاملة سائر القرارات الادارية[١] .

وبصدور دستور سنة ١٩٧١ واستشعارا لخطورة ما ترتب على عدم ذكر حق التقاضى بين نصوص الدساتير السابقة من مخالفات صارخة لأهم حق من حقوق الإنسان وهو حقه فى الانصاف والعدل ، فقد تضمن الدستور فى المادة ٦٨ منه أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين ، وسرعة الفصل فى القضايا ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء .

ولذلك اطرد قضاء المحكمة العليا بعد انشائها على عدم دستورية النصوص المانعة من التقاضى ليس فقط وفقا لهذا النص ولكن استنادا الى

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص .

أمر آخر فانتهت الى اعتبار حق التقاضى مبدأ دستوريا عاما ولو لم ينص عليه فقد رددت المحكمة أكثر من مرة أن كفالة حق التقاضى هو أمر نصت عليه الدساتير السابقة على دستور سنة ١٩٧١ - ما يعنى قيام مبدأ عام دستورى فى نظرها مقتضاه أن الدستور لابد وأن يكفل هذا الحق صراحة أو ضمنا ، فقد ذهبت الى أن المبدأ الذى تضمنته المادة ٦٨ من الدستور انما ترديد لما أقرته الدساتير السابقة فى ضمان كفالة حق التقاضى للافراد وذلك بتخويلهم حقوقا لاتقوم الا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التى يكفل حمايتها ويقررها مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات العامة(١). كماقررت ان النص فى المادة ٦٨ على حق التقاضى جاء كاشفا ومؤكدا لما أقرته الدساتير السابقة من ضمان كفالة هذا الحق للأفراد وذلك حين خولهم حقوقا لا تقوم ولا تؤتى ثمارها الا بقيامه باعتبارها الوسيلة التى تكفل حماية تلك الحقوق والتمتع بها ورد العدوان عنها وباعتباره حقا من الحقوق العامة وان حرمان طائفة معينة منه مع تحقيق مناطه يؤدى الى الاخلال بمبدأ المساواة(٢). كما انتهت بذات الحكم الى أن السلطة القضائية هى سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطة التشريعية والتنفيذية وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع وقد ناط بها الدستور وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقى السلطان ولازم ذك ان المشرع لا يملك بتشريع منه اهدار ولاية تلك السلطة جزئيا أو كليا وأن ما تضمنه الدستور من أن يحدد القانون الهيئات القضائية اختصاصاتها فان المقصود بذلك أن يتولى القانون توزيع ولاية القضاء كاملة على تلك الهيئات تنظيما لأداة

---

(١) الحكم فى الدعوى رقم ٦٠ لسنة ٣ - جلسة يونيو سنة ١٩٧٣ - مجموعة الاحكام وقرارات المحكمة العليا جـ١ - الأحكام من سنة ١٩٧ إلى سنة ١٩٧٦ ص ٢٥٣ .

(٢) المحكمة العليا - جلسة ١٣ أبريل ١٩٧٦ - الدعوى رقم ١١ لسنة ٥ ق عليا .

استعمال السلطة القضائية وتمكينا للأفراد من ممارسة حق التقاضى دون تعرض للسلطة القضائية ذاتها أو عزلها لجانب من المنازعات . وهو ما يصور لنا كيف خرجت المحكمة الادارية العليا فى قضائها الدستورى عن مقتضى نصوص الدستور من ناحية ومن ناحية أخرى مدى تأويل المحكمة العليا لمقتضى نصوص الدساتير السابقة على دستور ١٩٧١ ، لتنتهى الى أن هذه الدساتير نصت على حق التقاضى ضمنا وهو ما يوضح مدى سلطان المحكمة الدستورية على النصوص التى تطبقها .

المطلب الثانى

المفهوم الخاطئ لمدلول الجهة القضائية

نعرض هنا لموضوع من أهم موضوعات رقابة دستورية القوانين فى مصر لارتباطه بحق التقاضى وتطوره سالف البيان ، ويتعلق هذا الموضوع بالوصف القانونى للهيئة القضائية أو ما يعنيه الدستور بذلك . ولبيان أساس الموضوع نورد النصوص الدستورية المنظمة لجهات التقاضى والقضاء فى دستور سنة ١٩٧١ .

تنص المادة ٤ من الدستور على أن المواطنين لدى القانون سواء وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، وتنص المادة ٦٥ على أن تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيا لحماية الحقوق والحريات .

وتنص المادة ٦٨ على أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء .

وتنص المادة ١٦٥ على أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفق القانون .

وتنص المادة ١٦٦ على أن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأى سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة .

وتنص المادة ١٦٧ على أن يحدد القانون الهيئات القضائية

واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم .

وتنص المادة ١٦٨ على أن القضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مساءلتهم تأديبيا .

وقد كان لهذه النصوص الواردة فى الدستور مجال واسع للتطبيق حيث أننا سبق ذكرنا وجود قوانين كثيرة تضمنت موانع من التقاضى من ناحية ومن ناحية أخرى أن هناك جهات ادارية نصت هذه القوانين على عدم الطعن فى قراراتها فنشأت مشكلة التعرف على طبيعة القرارات الصادرة من هذه اللجان وهل هى قرارات ادارية أم انها قرارات قضائية . ففى الحالة الأولى يصبح النص على عدم جواز الطعن فى هذه القرارات غير دستورى لمخالفته نص المادة ٦٨ أما فى الحالة الثانية فلا مخالفة للدستور لأن هذا القرار هو قرار قضائى وهذه المشكلة من خلق الفقه والقضاء الفرنسان أساسا وبالتحديد فقه القانون العام وقضاء مجلس الدولة الفرنسى ويرجع هذا الى طبيعة قضاه مجلس الدولة الفرنسى المرتبط بالادارة والذى كان جزءا منها قبل ظهور الادارة القاضية ثم استقلال المجلس عمليا عن الادارة الا أن مفهوم السلطة الادارية فى فرنسا أنها تنقسم الى قسمين ، الأول قسم الادارة العامة وهو يشمل مجموع رجال الادارة الذين يقيمون بتسيير المرافق العامة فى خدمة المنتفعين بها ، والقسم الثانى يضم مجموع رجال الادارة المزودين باختصاص قضائى يباشرونه فى حل المنازعات والصعوبات التى تنشأ عن تكييف نشاط القسم الأول وعليه فإن كل ما يصدر عن الادارة من قرارات سواء من القسم الأول أو الثانى هى قرارات

ادارية[١] .

ومشكلة التمييز بين العمل القضائى والعمل الادارى نشأت فى فرنسا حين حاول الفقه والقضاء تحديد مفهوم العمل القضائى والتفرقة بينه وبين العمل الادارى متأثر بنظرته الى طبيعة القرارات الصادرة من مجلس الدولة ، وأنها قرارات ادارية ولذلك نشأت معايير التفرقة بين العمل القضائى والقرار الادارى ، وتراوحت المعايير بين المعايير الشكلية التى تأخذ فى اعتبارها شكل الجهة التى أصدرت القرار وما اذا كانت مشكلة من أشخاص محايدين مستقلين وخضوع القضاء لأشكال إجرائية معينة من شأنها أن تجعل الحكم أدنى ما يكون إلى القانون والى العدل . فالفرق بين الادارة والقضاء هو اختلاف الوضع الذى يشغله من يمارسون الوظيفة الادارية عن الوضع الذى تشغله الهيئات القضائية وبينما نرى الأولين تربطهم برؤسائهم رابطة التبعية نرى الآخرين لا يخضعون لمثل هذا النظام. وهناك النظريات الموضوعية التى تهتم بموضوع القرار أو العمل وليس على أساس الشكل أو الجهة التي صدر منها[٢] ، وكان من آثار هذه النظريات أن اتجه الفقهاء الى النظر إلى أن القضاء الادارى هو جزء من الادارة وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى جزء من الادارة لا يتميز عن الاجزاء الأخرى الا بالشروط والاجراءات والضمانات التى تحيط باصدار قراراته التى تعتبر نوعا من القرارات الادارية[٣] ، ولكن عند النظر فى هذه

---

(١) د/ مسير تناغو : النظرية العامة للقانون ص .

(٢) من هذا الرأى جيز R. D. P. 1959 p607 .
وذجيه فى مطولته فى القانون الدستورى جـ٢ ص ٤٤٣ .

(٣) انظر تحليلا يؤدى إلى هذا الرأى د/ سمير تناغو – المرجع السابق – ص ٥٢٠ .

المشكلة من الناحية الدستورية فاننا عند البحث فى طبيعة الجهة التى أصدرت القرار حتى يتسنى لنا معرفة ما اذا كان هذا القرار اداريا أم قضائيا فاننا يجب أن نحدد مفهوم الدستور للجهة القضائية أو لمعنى القضاء وفى هذا خروج عن نطاق المشكلة السابقة مشكلة التمييز بين العمل الادارى والعمل القضائى لأننا فى مجال هذا التمييز نأخذ فى الاعتبار أساسا نية المشرع وهل يقصد اضفاء الصفة القضائية على جهة أو هيئة ما أم لا ، أما فى نطاق البحث عن التكييف أو الوصف الدستورى لجهة ما بأنها جهة قضائية أو ادارية فان الذى يفصل فى ذلك هو مقومات العمل القضائى وفقا للدستور لا وفقا لارادة المشرع ، ومن هنا نستطيع أن نتبين أن العمل القضائى وفقا لمفهوم الدستور له لا يمكن أن يختلط بأى عمل آخر سواء كان اداريا أو تشريعيا(١)، فالنظام الدستورى فى مصر مثلا يضع مفهوما معينا للقضاء العادى أو الادارى وعندما نحاول أن نضع تعريفا لما يعنيه المشرع من حظر تحصين أى قرار من رقابة القضاء ، فان ه بال التمييز بين الجهة الادارية التى يحظر تحصين قراراتها والجهة القضائية يتوقف على مفهوم الدستور لهذه الجهة القضائية ، فالمادة ٦٥ من الدستور قد حددت ملامح القضاء بأنه يجب أن يكون مستقلا ومحصنا وأية جهة لا يتوافر بها أى من هذين الشرطين لا تكون جهة قضائية ، وأكدت المادة ١٦٥ من الدستور ذلك ، فالقول بأن السلطة القضائية مستقلة يعنى أن تكون هذه السلطة ككل غير خاضعة بأى صورة فى أدائها لعملها لأى سلطة أخري كأن يكون الحكم قابلا للتعديل أو وقف النفاذ أو الالغاء

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٥٢٩ .

من سلطة أخرى والا تدهور هذا الاستقلال وأكدت المادة ١٦٦ من الدستور استقلال القضاء منظورا اليه فى أفراده .

أى أنهم فى نظامهم الوظيفى لا يجوز لغير أعضاء الهيئات القضائية أن يقرروا أمر تعيين القضاء أو تنقلاتهم أو ترقياتهم كما أن المادة ١٦٨ من الدستور نصت على ضمانة جوهرية للقضاة مقتضاها عدم قابليتهم للعزل أى أن القابلية للعزل تقطع بأن الجهة غير قضائية واذ نصت المادة ١٦٧ على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها وينظم طريقة تشكيلها ويبين اجراءات وشروط تعيين أعضائها ونقلهم فان هذا النص يعنى توزيع العمل بين مختلف المحاكم التى يتكون من مجموعها السلطة القضائية .

أى أنه يجب أن يكون مجموع ما يوزع بين المحاكم المختلفة مساويا لولاية القضاء الكاملة والقانون يجب أن يقصر تعرضه لها على ترتيب اداة استعمال السلطة القضائية فليس له أن يقتطع جزءا من الوظيفة القضائية ويسنده الى جهة غير قضائية تستقل بنظره فقيام جهة غير قضائية تحدد لها بعض المنازعات التى تختص بنظرها هو اعتداء على السلطة القضائية ، وعليه مالم يوجد نص فى الدستور فليس للشارع أن ينشئ محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية ويسند اليها الفصل فى بعض المنازعات التى تدخل أصلا فى ولاية القضاء وينص على أن تكون الأحكام نهائية بحيث لا يجوز الطعن فيها أمام محاكم السلطة القضائية ، فالتشريع الذى يسمح بانشاء محاكم خاصة مستقلة عن السلطة القضائية تنفرد بجزء من الولاية القضائية هو تشريع باطل كما أنه ليس للشارع أن يستند الى اختصاصه

فى ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها فيمنع بعض المنازعات من ولاية القضاء سواء كان المنع كليا أو جزئيا[١] وعليه وطبقا لهذه المبادئ فللشارع أن ينشئ ما يعن له من محاكم ما دامت تمتاز بالاستقلال ويتمتع أفرادها بالحصانة ، فاذا لم يتوافر للهيئة التى أنشأها المشرع أى من هذين العنصرين لم تكن هذه بهيئة قضائية ، ومما هو جدير بالذكر أنه اذا كان الفكر القانونى قد توصل الى عديد من الاجراءات التى تتبع أمام القضاء حفظا لحقوق المتقاضين وتوصلا الى تحقيق العدالة بينهم حتى أصبحت هذه الاجراءات من مميزات العمل القضائى الا أن هذه الاجراءات واتباعها أمام جهة ما لا يضفى على هذه الجهة صفة قضائية ولكن هذه الاجراءات هى عنصر يضاف الى عنصرى الاستقلال وعدم القابلية للعزل حتى تكتمل صفة العمل بأنه عمل قضائى ، فهذه الاجراءات تفترض بداهة وأولا وجود هيئة أو جهة مستقلة ومحايدة تتولى الفصل فى المنازعات ، ولذلك كان عنصر الاجراءات ليس بالعنصر الاساسى فى تحدي صفة الجهة أو الهيئة ولكنه كما قلنا أصبح وفقا للتطور القانونى جزءا تابعا لوجود هيئة مستقلة ومحايدة تفصل فى المنازعات . ومن هنا نستطيع أن نستنتج أن نصوص الدستور قد فصلت وبحسم فى تلك المشكلة السائدة فى الفقه الادارى الفرنسى حول تحديد طبيعة القرارات الصادرة من الجهات الادارية وهكذا ارتبط المفهوم الاصطلاحى للفظ قضاء وقضاء الواردة فى الدستور بالجهة المحايدة المستقلة التى يتمتع أعضاؤها بالحصانة من العزل .

ويأتى فى المرتبة الثانية ولكن على نفس الدرجة من الالزام وجوب اتباع اجراءات تضمن حقوق الدفاع للمتقاضين وان جاءت حقوق الدفاع هذه

---

(١) د/ فؤاد العطار : النظم السياسية والقانون الدستورى - ١٩٧ - ص ٢٩٩ .

نصوص أخرى فى الدستور وعليه وبهذه الشروط تتحدد مـلامح الهيئة القضائية .

وهذا المفهوم الاصطلاحى تدور حوله وترتبط به بعض المبادئ الدستورية غير المكتوبة التى تضيف الى صفات القضاء والقضاة أن القضاة يجب أن يكونوا مؤهلين تأهيلا معينا حتى يتسنى لهم الفصل فى الخصومات فلا يتصور فى أى من نظم العالم الحديثة أن يكون القضاة غير ملمين بالقانون وإلا لأصبحوا غير مؤهلين لتطبيقه كما يرتبط هذا المعنى الاصطلاحى أيضا كما سبق وأوضحنا بالاجراءات القضائية التى أصبحت جزءا من العمل القضائى ، فالشكلية صارت لا صقة بالعمل القضائى[١]. وتتطور المجتمعات المختلفة فى زيادة انزال المبادئ الدستورية فى هذا الشأن على مفهوم القضاء فى المجتمع كأن يحظر مثلا أن تكون المحاكم من درجة واحدة على أساس أن تعدد درجات التقاضى هى من الضمانات الشكلية التى لا يجوز التفريط فيها ، وبتطبيق هذه المفاهيم على قضاء المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا فى مصر نجد أنها تحت ستار التفسير أو المفهوم الخاطئ للتكييف اهدرت كثيرا من هذه المبادئ .

فقد ذهبت المحكمة العليا[٢] الى أن المشرع اذ يعهد للمحاكم بولاية الفصل فى المنازعات كاملة شاملة كما يفوض المشرع العادى فى تحديد الهيئات القضائية وتوزيع الاختصاص بينها لمباشرة هذه الولاية دون مساس بها بحيث لا يتخذ ذلك وسيلة لعزل المحاكم عن نظر منازعات معينة مما

---

(١) القطب محمد طبلية : العمل القضائى فى القانون المقارن - رسالته - ص ١٤٢ .

(٢) حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٦ لسنة ١ - جلسة ١٩٧١/١١/٦ أحكام وقرارات المحكمة العليا لسنة ١٩٧٣ ، ياقوت العشماوى وعبدالحميد عثمان ص ١١٨ .

تختص به ذلك أن المشرع الدستورى انما يفوض المشرع العادى فى تنظيم الهيئات القضائية وتحديد اختصاص كل منها لا فى اهدار هذا الاختصاص أو الانتقاص منه والا كان متجاوزا حدود التفويض مخالفا الدستور .

وفى تحديد مفهومها عن العمل القضائى أو الجهة القضائية ، ذهبت المحكمة فى ذات الحكم الى أن هذه اللجنة (المطعون فى القرارات الصادرة منها بأنها قرارات ادارية وأنه لا يسوغ تحصينها من الطعن فى قراراتها) كانت تشكل تشكيلا اداريا محضا فى مرحلتها الأولى والثانية ولم يمثل فيها العنصر القضائى الا فى مرحلتها الأخيرة ، وظلت الأغلبية للعنصر الادارى كما أنها لا تتبع الاجراءات القضائية فى نظر التظلمات التى تعرض عليها ، كما أن قراراتها لم تكن واجبة التنفيذ بذاتها فمن ثم لا يسوغ اعتبار التظلم أمام تلك اللجنة بديلا لحق الموظفين فى الالتجاء الى قاضيهم الطبيعى للطعن فى القرارات الصادرة من رئيس الجمهورية باحالتهم الى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبى ، حيث تنظر الدعوى طبقا لاجراءات قضائية مقررة قانونا لحماية الحقوق وكفالة الدفاع عنها ثم تصدر فيها أحكام واجبة التنفيذ بذاتها ويمكن القول أن هذا التحديد من قبل المحكمة للعناصر التى يجب توافرها فى الهيئة القضائية مما يؤكد ما سلف بيانه عن سيادة العناصر الشكلية وتدور هذه العناصر حول الحيدة والاستقلال ، فغلبة العناصر القضائية هو تغليب لعناصر الاستقلال والحيدة فى تشكيل اللجنة وتنفيذ قرارات المحكمة أو اللجنة دون انتظار لتصديق من قبل سلطة أخرى هو توكيد لهذا الاستقلال واتباع الاجراءات القضائية أمامها ضمان للمتقاضين فى مواجهة اللجنة أو المحكمة ذاتها وان كانت هذه الاجراءات عنصرا تابعا وليس أصيلاً لقيام

الجهة القضائية ، فعنصر الإجراءات القضائية يفترض : أولا : وجود اللجنة أو الهيئة أو المحكمة المستقلة المحايدة المحصنة أعضائها من العزل لتواقر صفة القضاة فيهم وطبقا لهذا المفهوم ذهبت المحكمة الى أن قرارات مجلس المراجعة ليس سوى قرارات ادارية لأن تشكيل المجلس يغلب عليه العنصر الادارى ولا يتبع الاجراءات القضائية فى نظر التظلمات التى تعرض عليه فهو هيئة ادارية ذات اختصاص قضائى ويتعين الغاء النص القاضى بحظر الطعن فى القرارات الصادرة[١].

كما أن تشكيل اللجنة على النحو المبين بالمادة ٦٩ من القرار بقانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ هو تشكيل ادارى يقوم على عناصر ادارية وقد ناط بها المشرع تقدير درجات العجز الكلى أو الجزئى التى تستحق عنها معاش أو تأمين اضافى أو تعويض للخاضعين لأحكام القانون ١١٦ لسنة ١٩٦٤ وهى أعمال بطبيعتها من الأعمال الادارية التي تجريها الادارة فى اشرافها على المرافق العامة تنفيذا لأحكام القانون وقرارات اللجنة بشأنها لا تكون نافذة بذاتها بل يتعين لنفاذها تصديق الجهات الادارية الرئاسية لذلك حق الغاء النص الوارد بالقانون محصنا قرارات هذه اللجنة من الالغاء[٢].

ونلاحظ هنا أن المحكمة بدأت فى أدخال عناصر موضوعية فى بحثها عن حقيقة قرارات اللجنة ألا وهى أن تكون من الأعمال الادارية التى تجريها الادارة فى اشرافها على المرافق العامة وهذا بداية التحول فى قضائها الذى يقربها من حقيقة الوضع الدستورى للقضاء فتحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء يعنى أن المحاكم القضائية لا تخضع

---

(١) حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٥ لسنة ١ - جلسة ١٩٧١/١٢/٤ .

(٢) حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٣ لسنة ٤ - جلسة ١٩٧٤/٤/١٣ .

أحكامها لهذا النص فهى جهات قضائية أى أنه لنفى الصفة الادارية عن القرار يتعين أن تكون الجهة المصدرة له هى جهة قضائية تدخل فى عموم المحاكم المنصوص عليها فى الدستور الذى نص في المادة ١٦٥ على أن السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم والنص على حظر تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء فى المادة ٦٨ من الدستور يعنى أن جميع القرارات الصادرة من جهات ادارية لا يجوز حظر الطعن فيها فتحديد طبيعة الجهة المصدرة للقرار هو الأساس الأول فى تحديد نطاق النص ولا يجوز النظر الى النص منفصلا عن باقى النصوص ، المادة ٦٨ ذاتها تنص على أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعي وهو القاضى الذى نص الدستور عليه فى الفصل الرابع بخصوص السلطة القضائية وحدد مواصفات هى الحيدة والاستقلال وعدم القابلية للعزل .

وقد كان من أثر هذا التقييد فى النظرة الى قرارات اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى أن قضت المحكمة العليا(١) بدستورية تحصين قرارات لجان القوات المسلحة الخاصة بالفصل فى تظلماتهم من قرارات ترقيهم وانتهاء خدمتهم وتحديد أقدميتهم فقد طعن أحد الضباط على القرار بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٧١ م فيما تضمنه فى مادته العاشرة من عدم جواز الطعن فى قرارات لجنة ضباط القوات المسلحة أو المطالبة بالغائها بأى طريق أمام أية هيئة كانت ، وأقام طعنه على أن هذا التشريع عقد الاختصاص بنظر المنازعات الخاصة بالقرارات الادارية المتعلقة

---

(١) المحكمة العليا - جلسة ١٩٧٦/٢/٧ الدعوة رقم ٤ لسنة ٤ ق دستورية - مجموعة أحكام وقرارات المحكمة القسم الأول - ص ٣٣٦ .

بالضباط للجنة ادارية بحتة وحرمه من الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى للمنازعات الادارية وهو مجلس الدولة وحصن القرارات الصادرة من تلك اللجنة من رقابة القضاء مما يخالف المادة ٦٨ من الدستور وأنه لا يجوز الاحتجاج بالمادة ١٨٣ من الدستور التى نصت على أنشاء القضاء العسكرى ، كما أن غالبية أعضاء تلك اللجنة غير مجازين فى الحقوق كما أن اللجنة تضم بين أعضائها عند انعقادها للفصل فى التظلمات المذكورة من سبق لهم الاشتراك فى اصدار القرار المتظلم منه مما يجعلهم خصوما وحكاما فى آن واحد .

وقد ردت المحكمة على ذلك بأن المصلحة العامة وطبيعة الأوضاع داخل القوات المسلحة تستلزم وضع المنازعات الادارية الخاصة بأفراد هذه القوات فى يد أسرتهم العسكرية باعتبارها القاضى الطبيعى لتلك المنازعات ، وأن اللجان المختصة بنظر تظلمات الضباط قد نشأت طبقا لتفويض المشرع من قبل الدستور طبقا للمادة ١٨٣ منه التى تنص على أن ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور وأن هذه اللجنة تنعقد بصفة هيئة قضائية بعد أن ضم الى اعضائها مدير القضاء العسكرى وكفل للضباط حق الدفاع أمامها باجراءات قضائية توفر الحماية اللازمة لحقوقهم وزودها بضمانات تكفل سلامة القرارات الصادرة منها كفالتها حق الدفاع للضباط ومنحه أجلا لتقديم دفاعه كتابة ووجوب أن تصدر اللجنة قراراتها مسببة وأن تكون مداولاتها سرية فهذا التنظيم ينبئ عن حرص المشرع على أن يخلع الصفة القضائية على تلك اللجنة ومتى تقررت لتلك اللجنة الصفة القضائية فليس ثمة ما يمنع من النص على حظر الطعن فيما تصدره فى المنازعات الادارية

المتعلقة بالضباط من قرارات قضائية وعليه تدخل فى مفهوم المادة ١٨٣ من الدستور حيث لا مجال لتعيين تلك المادة بالقضاء الجنائى العسكرى دون الادارى كما أن ولاية مجلس الدولة على المنازعات الادارية وفقا للمادة ١٧٢ من الدستور ، تعنى أن اختصاصه لم يعد مقيدا بمسائل على سبيل الحصر كما كان وقت انشائه ولا تعنى غل يد المشرع عن اسناد الفصل فى بعض المنازعات الادارية الى جهات قضائية أخرى على الاستثناء وبالقدر وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام ، اعمالا للتفويض المخول له بالمادة ١٧٦ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية وبيان اختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها .

وأضافت المحكمة أنه اذا كان غالبية الاعضاء فى اللجنة غير مجازين فى الحقوق فان هذا لا يغنى عن الصفة القضائية التى للجنة شيئا ذلك أن المعيار الحقيقى لتوفر الصفة القضائية لتلك اللجنة يقوم على توفر ضمانات التقاضى لديها عند الفصل فى المنازعة دون اعتداد بالتأهيل القانونى لأعضائها فقد يخلع الشارع الصفة القضائية على من لم يكن مجازا فى الحقوق متى اقتضت ذلك المنازعة كما أن ضم اللجنة من بين أعضائها من سبق لهم الاشتراك فى اصدار القرار المتظلم منه مما يجعلهم خصوما وحكاما فى آن واحد ، فان هذا القول ان صح انما يشكل تعارضا بين نصوص القرار بقانون المطعون فيه وبين نصوص قانون المرافعات فى شأن صلاحية القضاء للفصل فى الطعون ولا يرقى الى حد مخالفة الدستور وانتهت المحكمة الى رفض الحكم بعدم دستورية هذه المادة .

والمتأمل لقضاء المحكمة العليا فى هذه الدعوى يستطيع دون عناء أن ينتهى الى أن المحكمة العليا قد أهدرت جميع الحقوق التى جاء دستور

١٩٧١ حاميا لها بنصه عليها بل أنها فى قضائها هذا قد أصبحت فى موقف أسوأ من موقف المحكمة الادارية العليا سالف البيان فى خصوص القوانين السابقة من التقاضى فعلى الاقل فهذه الأخيرة قد تعللت بعدم وجود نص صريح فى الدستور يشير الى حق التقاضى أما المحكمة العليا فقد أهدرت النصوص التى جاء بها المشرع الدستورى ونص عليها حماية لها من العبث وإلغاء لحقبة أهدرت فيها الحقوق والحريات لعدم النص على هذه المبادئ بل نها اتجهت فى تفسيرها للمادة ١٨٣ التى تنص فيها على أن ينظم القانون القضاء العسكرى ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور اتجاها بعيدا عن التفسير يظهر خروجها على نصوص الدستور ذاتها ، ولتفصيل ذلك نقول :

جعلت المحكمة من هذه اللجان القاضى الطبيعى للمنازعات الادارية للقوات المسلحة وبغير تفسير أو محاولة ايجاد تعريف لماهية القاضى الطبيعى فانه فى المقام الأول هو قاض أى وفقا لتفسير الألفاظ ذات المصطلح وفقا لاستعمال ذلك المصطلح فان الدستور عندما أورد عبارة القضاء والقضاة قد عنى بها المدلول الفنى لها وهو الشخص المؤهل ليحكم بالعدل بين الناس والذى أسبغ عليه القانون حصانة من العزل والمستقل فى عمله عن باقى السلطات بل وفى مدارج السلطة ذاتها ، فمثلا ليس لمحكمة أعلى على محكمة أدنى أن توجهها للقضاء بأمر معين وانما تتحدد اختصاصاتها فى التعقيب على أحكام المحكمة الأدنى اذا ما وصل الطعن اليها سواء كان بالتأييد أو الالغاء كل هذا هو مفهوم القاضى أما القاضى الطبيعى فهو القاضى العادى الذى يحدده قانون السلطة القضائية بوصفه من القوانين الأساسية المكملة للدستور وغيره من قواعد الاختصاص

القضائى التى تصدر فى اطار هذا القانون ويجب أن يكون معروفا سلفا للمدعى ويجب أن يكون مختصا بمنازعات معينة وفقا لقاعدة قانونية تتسم بالعمومية ، فيعد قاضيا استثنائيا ممن يعهد اليه بالفصل فى قضية معينة بالذات بعد ارتكاب الجريمة[١] .

وعلى كل فإن ما يهمنا هو توافر الصفة القضائية فى هذا القاضى واذا كانت المحكمة قد ذهبت إلى أن طبيعة الأوضاع فى القوات المسلحة تستلزم وضع المنازعات الادارية الخاصة بهم فى يد أسرتهم العسكرية فلا تثريب على ذلك ولكن يجب أن يكون هناك داخل الأسرة العسكرية من تتوافر فيه صفات القضاء أى الاستقلال والحيدة وبمعنى آخر أن تكون الجهة المنوط بها الفصل فى هذه المنازعة هى جهة قضائية حقا ، فهل هذه اللجان تتوافر فيها صفات الاستقلال والحيدة والحصانة من العزل؟ ان قرارات هذه اللجان وفقا لنص القانون المنظم لها تخضع لتصديق وزير الحربية عليها وله أن يبدل أو يغير فيها كما أن له أن يلغيها أصلا كما أن أعضائها من الضباط الذين لا يتمتعون بأى حصانة من العزل فان كانوا من أعضاء القضاء العسكرى إلا أن هذا القضاء العسكرى اعضاؤه غير محصنين من العزل ولا يتمتعون باستقلال فى مواجهة وزير الحربية وحتى أحكام الحاكم العسكرى ، تخضع لنظام التصديق عليها من قبل رئيس الجمهورية أو من يفوضه فى ذلك ويكون للرئيس أو من يفوضه تخفيف العقوبة أو الغائها أو ايقاف تنفيذ العقوبة أو الغاء الحكم[٢] . فأى استقلال حتى للمحاكم العسكرية حتى تتخذ المحكمة منها ذريعة للقول بأن الدستور نص عليها

(١) د/ أحمد فتحى سرور : مجلة مصر المعاصرة - الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية سنة ١٩٧٢ - ص ١٤٩ .

(٢) المادة ٩٧ ، ٩٨ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٦ - باصدار الأحكام العسكرية .

بأن لجان القوات المسلحة جزء منها فلا لجان القوات المسلحة تعتبر قضاء أصلا لأنه ليس فيها من القضاة من عناصر الحيدة والاستقلال والعصمة من لعزل شيئا فلفظ قضاء أصلا غير متوافر فيها كما أن المحاكم العسكرية بالقضاء العسكرى نص الدستور فى المادة ١٨٣ منه على أن ينظمه القانون فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور ، وقصد المشرع الدستورى واضح أى انه يجب أن تتوافر لأعضاء المحاكم العسكرية المكونين للقضاء العسكرى صفات الاستقلال والحيدة والعصمة من العزل فهذه هى أسس القضاء أو الجهة القضائية فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور وهنا حددت المحكمة المقصود بالجهة القضائية أو الهيئة القضائية لتأخذ بمعيار كفالة إجراءات التقاضى أمامها ومنها حق الدفاع فكأن توافر هذه الاجراءات أمام أية لجنة ادارية أخرى يجعل منها هيئة قضائية وهو أمر يصور الى أى مدى خرجت المحكمة فى تحديد تفسيرها للنصوص وطبقا لهذا فان لمجالس التأديب اذ تتبع هذه الاجراءات فهى تعتبر قضاء بهذا المفهوم وان كانت فى جهات ذات طبيعة خاصة تستلزم أن يظل شئون أعضائها فى يد أسرتهم ذاتها كضباط البوليس وأعضاء السلك الدبلوماسى مثلا . وقد استعانت المحكمة للتدليل على الصفة القضائية لتلك اللجنة بأن المشرع أراد أن يسبغ عليها هذه الصفة وكان المشرع اذا أراد اسباغ الصفة القضائية على جهة لا تتوافر فيها صفات القضاء يملك ذلك بالمخالفة للدستور ، فالدستور حدد صفات الهيئات القضائية ووضع أسسها وهى الاستقلال والحيدة وعصمة أعضائها من العزل وترك للمشرع تنظيم القضاء ووفقا لهذا الأساس فله فعلا اقامة هيئات تختص بالمنازعات المختلفة ولكن لا تصبح هذه الهيئات محاكم قضائية أو هيئات قضائية إلا

إذا كانت الغلبة فيها على الأقل لقضاه مستقلون ومعصومون من العزل ، وكما أوضحنا سابقا فمعيار طبيعة الاجراءات أو النزاع غير ذى أثر فى نطاق القانون الدستورى فان الأصل هو أن القضاء جهة مستقلة عن سائر السلطات الأخرى وأعضائها معصومون من العزل وهكذا تتوافر العديد من الضمانات القضائية أمام لجنة ادارية تخضع قراراتها لرئيس أعلى له حق الغائها وتعديلها ليس من القضاء فى شئ بالاضافة الى أن أعضائها غير مستقلين أصلا بل أن المحكمة ذهبت الى أبعد من ذلك حين قررت أن ضم اللجنة بين عضويتها من سبق وأصدر القرار لا يجعل من ذلك مخالفا للدستور وانما لقواعد المرافعات وقضائها جاء منسقا مع ما سبق وانتهيت اليه من أن هذه اللجان هى محاكم قضائية وهكذا اتخذت المحكمة من اسباغ هذا الوصف الغير صحيح على لجان القوات المسلحة ستارا لتنأى عنها سائر العيوب التى تعتور تشكيلها وبغير هذا الوصف الفاسد لها لم يكن هناك مجال للدفاع عن تشكيلها الادارى البحت من ناحية وعلى ضمها من هو غير مجاز فى الحقوق من ناحية أخرى وعلى أن تضم اللجنة من سبق وأصدر القرار ويتهدد بالتالى ليس فقط جميع الضمانات التى استحدثها الدستور سنة ١٩٧١ ولكن جميع المبادئ الأولية المستقرة فى النظام القانونى المصرى من عدم جواز أن يكون الخصم حكما فى ذات الوقت وقد ترجمتها الدساتير المختلفة بالنص على حق الدفاع الذى لا يستقيم الاعتراف به مع عدم جواز طلب رد أحد أعضاء المحكمة أو جميعهم ومبدأ المساواة الذى يكفل لجميع المتقاضين حماية متساوية ، فقد كان أولى بالمحكمة أن تأخذ من طريقة تشكيل هذه اللجان وعدم تمتع أعضائها بأية حصانات وعدم استقلالهم فى مواجهة سلطاتهم الأعلى التى

تملك حق التعقيب على قرارات هذه اللجان وعلى أنه لا يشترط فيها أن يكون أعضائها كلهم مجازون في الحقوق وانه قد يجلس فيها من سبق وأصدر القرار المطعون قيه على أن هذه اللجنة هي مجرد لجنة ادارية ذات اختصاص قضائي ولكنها نظرت إلى اجراءات عمل اللجنة وانتهت الى أنها لجنة قضائية لأن العبرة هي بتوفر ضمانات التقاضي لدى اللجنة عند الفعل في المنازعة وليس من هذه الضمانات أن تكون اللجنة محايدة مستقلة كما أنه لا يعد من ضماناتها أن يكون أعضاؤها مؤهلين في القانون لتولي عضويتها وهذا هو المعيار الذى استنته المحكمة(١).

ولا يقتصر الأمر على ذلك بل أنها أزاء نص المادة ١٧٢ من الدستور على أن مجلس الدولة هو قاضي القانون العام في المنازعات الادارية لم يسعها الا اهدار هذا النص الدستورى والذى جاء محاولة لبناء حصن جديد لمجلس الدولة ينأبه عن محاولات الغاء ، التى ترددت قبل دستور سنة ١٩٧١ ، وتدعيما له كي يكون حصنا للحريات والحقوق المهدرة من الادارة وتوسيعا لنطاق اختصاصاته وكفالة اختصاصاته لنصوص الدستور فان القانون يحدد الهيئات القضائية وأختصاصاتها حقا ولكن نص المجلس جاء مخصصا لهذا الترتيب والتحديد فلا يجوز الانتقاص من اختصاصاته والا أهدرنا هذا النص ورجعنا القهقرى الى ما قبل دستور سنة ١٩٧١ ، فاذا حدد القانون جهة ولو قضائية أخرى تختص بالمنازعة الادارية في مفهومها الدستورى ولا مجال لمحاولة شرح معنى المنازعة

(١) انظر تقرير مفوض الدولة لدى المحكمة العليا في الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ ق ، حيث انتهى الى عدم دستورية تحصين القرارات الصادرة من لجان القوات المسلحة لأنها لجان ادارية ذلك ان تشكيلها يفتقد ما أوجبته المادة ١٨٣ – من الدستور من وجوب استقلال القضاء وأعضاء هذه اللجان غير مستقلين أمام الجهات التابعين لها ص ٨٤ من التقرير .

الادارية ولكن على الأقل فالقرارات الادارية كلها هى من المنازعات الادارية بغير جدال وسنعود الى شرح هذا الموضوع باستفاضة فى الجانب التطبيقى من الدراسة فان هذا القانون يعد غير دستورى لأنه خرج على مدلول المادة ١٧٢ باختصاص المجلس بالفصل فى المنازعات الادارية ، ولكان فى وسع المشرع أن ينتقص من استقلال المجلس تحت ستار اختصاصه بتنظيم الجهات القضائية ، ولهذا ادركت المحكمة العليا خطورة قضائها بأنه لا يجوز للمشرع أن يخرج مسائل معينة من اختصاص مجلس الدولة فأسرعت وقيدت ذلك « بأن يكون فى الحدود التى يقتضيها الصالح العام»، وبعد أن كان نص المجلس مانعا لمثل هذا الانتقاص بما يعنيه من الحكم بعدم دستورية القانون بمجرد تضمنه النص على اختصاص جهة أخرى بالفصل فى الغاء القرار الادارى أصبح الآن محض تقدير للمحكمة العليا ، تقدر حدود الصالح العام الذى يدفع المشرع الى ذلك وبعد أن كان حق الالغاء منتقصا قبل انشاء مجلس الدولة وبانشاء المجلس اكتمل هذا الحق وأضحى قضاء الالغاء كسبا للأفراد لا منحة من المشرع يملك أن يسحبها أو يستردها وما القانون الخاص بانشاء مجلس الدولة سنة ١٩٦٤ الا كاشفا عن هذا الحق ومنظما له لأن هذا الحق هو من الحقوق المستقرة فى الضمير العالمى(١).

ونص الدستور على مجلس الدولة وتحديد اختصاصاته أضحى القاضى الطبيعى فى مجال المنازعات الادارية فلا يجوز اسناد هذه المنازعات لجهة أخرى ويكفى للتدليل على مدى ضمانة هذا النص للأفراد

(١) محمود حافظ : المرجع السابق - ص ١٤١ ، وانظر سليمان الطماوى - القرارات الادارية ص٤٤٩.

أن مجلس الدولة بلغ فى رقابته لأعمال الادارة مبلغا كبيرا كما سلف البيان ومؤسسا فى قضائه لمبادئ عامة ادارية وقواعد للطعن فى القرارات الادارية ومحددا لأسباب الغاء هذا القرارات ووجود مواعيد معينة لهذا الطعن مما يجعل القضاء الادارى بهذه المبادئ المكونة للقانون الادارى قاضيا طبيعيا فى هذا المجال لا يجوز للمشرع الانتقاص من اختصاصه ولكن المحكمة العليا أولت النص تأويلا خاطئا ولم تجعل النص الخاص يقيد العام فى خصوصه بل أهدرت النص الخاص بما يهدر بالتالى اختصاصات المجلس كما أن المحكمة أهدرت مبدأ المساواة الذى انتهك فى خصوص هذه اللجان فما الضباط بوصفهم موظفين عموميين إلا اصبحوا فى مركز اقل حماية من سائر الموظفين .

ولا تقتصر خطورة قضاء المحكمة العليا على هذه المبادئ فى خصوص هذه الدعوى فقد طبقت كثير من هذه المبادئ على دعاوى أخرى فذهبت الى أن حق المتقاضين فى رد القضاء ليس من الحقوق الدستورية الواردة بنص الدستور وانما هو مقرر بتشريع عادى اذ نص عليه قانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية وقد يمنعه التقاضى اذا قامت دواعى هذا المنع ولا يحمى حق استقلال القضاء كما لا يمثل هذا المنع اخلالا بحق الدفاع[1] وبهذا أهدرت المحكمة أيضا مدلول المادة ٦٣ ، القاضى بأن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول فقصرته على الناحية الشكلية منه أى أنه ما دام أن المدعى يملك ابداء رأيه فان هذا الحق يصبح مكفولا وكأن من المتصور أن تكون هناك محاكمة دون دفاع عن المتهم ولم تفسر المحكمة هذا النص تفسيرا يوسع من مدلول حق الدفاع هذا المكفول بالدستور وتقرر أن

(١) المحكمة العليا - الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ - جلسة ١٩٧٦/٣/٦ .

من لوازم هذا الحق أن يتحقق مناطه وهو حيدة القاضى ، فماذا يغنى هذا الحق أمام محكمة أو لجنة أو هيئة لا يمكن رد أعضائها حتى ولو كانوا خصوما من قبل ولم تتذكر المحكمة ما ذهبت اليه المحكمة الادارية العليا(١) من أن هناك قاعدة مستقرة فى الضمير تمليها العدالة المثلى ولا تحتاج الى نص يقررها وهى أن من يجلس مجلس القضاء يجب ألا يكون قد استمع أو تكلم حتى تضفو نفسه من كل ما يمكن أن يستشف منه رأيه فى الفهم فيزعزع نفسه فيه أو يقضى على الاطمئنان اليه ومتى قام وجه عدم الصلاحية لنظر الدعوى امتنع على القاضى الاشتراك فى الحكم والا لحق عمله البطلان .

فكان على المحكمة العليا أن تنزل هذا المبدأ الملتصق بحق الدفاع منزل التطبيق حتى تؤمن الأفراد على حرياتهم وحقوقهم اذا عن للمشرع أن يقيم محاكم خاصة أو فى تشكيله للمحاكم عموما ولكنها عادت القهقهرى الى مرحلة البحث عما اذا كان هذا الحق هو حق دستورى أم مجرد حق قانونى ؟

واستمرار لهذا القضاء قضت المحكمة(٢) بأن لجنة التأديب والتظلمات الخاصة بأعضاء ادارة قضايا الحكومة ووفقا لنص المادة ٢٥ من القانون ٧٥ لسنة ١٩٦٣ هى هيئة قضائية تمارس اختصاصا قضائيا ، وذلك استنادا الى الاعتبارات التى حدت بالمشرع الى انشاء هذه اللجنة وأن فى تشكيلها ضمانة جديدة لأعضائها لأنها تشكل من نصاب يَبلغ

(١) حكمها فى الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٥٨/٣/٢٤ - مجموعة مبادئ المحكمة الادارية العليا .

(٢) حكمها فى الدعاوى من ١ إلى ١٨ رقم ٢٠ لسنة ٦ ق عليا - جلسة ١٩٧٦/٣/٦ - مجموعة أحكام المحكمة العليا - القسم الأول ص ٣٨٣ .

ضعف النصاب العادى للمحاكم وهى مشكلة من كبار رجال الادارة ، ولأن ما أثير بشزن صلاحية أعضاء هذه اللجنة للفصل فى منازعات أعضاء الادارة على أساس أن فى عضويتها من سبق وأصدر القرارات المتظلم منها أن ذلك اذا صح فانما يعنى قيام تعارض بين النص المطعون فيه وبين نصوص قانون المرافعات فى شأن صلاحية القضاء للفصل فى الخصومات ولا يرقى إلى حد مخالفة الدستور وتدليلا من المحكمة على الصفة القضائية لهذه اللجنة ذهبت المحكمة الى أنه ليس معقولا أن ينقل المشرع الاختصاص بنظر منازعاتهم من جهة قضائية وهى محكمة القضاء الادارى لمجلس الدولة حيث الضمانات والاجراءات القضائية المكفولة الى هيئة الادارية ذات اختصاص قضائى ومن ثم تكون هذه اللجنة هيئة قضائية تمارس اختصاصا قضائيا .

وبهذا أضافت المحكمة الى أسباب اسباغها للصفة القضائية على مثل هذه اللجنة سببين غريبين الأول أنها مشكلة من كبار رجال الادارة قضايا الحكومة - الثانى أن المشرع بنقله الاختصاص بنظر منازعات رجال الادارة الى هذه اللجنة كان مقصده تحقيق ضمانات أكثر لأعضاء الادارة وهما سببان يزيدان الأمر غرابة فى قضاء المحكمة العليا فتشكيل أى لجنة ولو كانت لجنة تأديب وتظلمات من أقدم أعضاء هذه الجهة يسبغ الصفة القضائية على أعمال هذه اللجنة بالنظر الى صفة أعضائها وتناست المحكمة أن هذه اللجنة تفتقر الى عنصر أساسى من عناصر وصفات القضاء ألا وهى الحيدة ، فمن أعضاء هذه اللجان من سبق وأصدر القرار المطعون فيه ، فكيف يجلس مجلس القضاء فى خصوص ما سبق وقضى به ؟ فهذه اللجان لا يمكن أن تكون بديلا عن مجلس الدولة منعقدا بهيئة قضاء ادارى وهى

الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل فى هذا الشأن وهذه اللجان ليست بمحاكم حتى يتسنى القول بأنها من السلطة القضائية وفى وصفها بالهيئة القضائية حماية لها من الاجراءات التى نص عليها قانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية لكفالة حيدة القضاء فيصبح أعضاء الهيئات القضائية فى وضع أسوأ من وضع الموظفين العاديين ويصبح مصدر قرار التأديب هو الخصم والحكم فى آن واحد دون امكانية الطعن على مثل هذه القرارات الصادرة من اللجنة وتناست المحكمة أنها بذلك جعلت هناك تفرقة بين كبار رجال القضاء وكبار رجال الدولة الآخرون فبعد ذلك ليس هناك ثمة تثريب على المشرع أن أسند الى كبار رجال وزارة ما سلطة التأديب دون معقب عليها فكل من كبار رجال الوزارة وكبار رجال ادارة قضايا الحكومة قد أصدروا القرارات المطعون فيها بصفتهم سلطة ادارية وليس سلطة قضائية ولا يجوز من ثم أن تتغير أوصافهم هكذا بين يوم وليلة لمجرد انضمام عدد مماثل لهم من أقدم أعضاء الهيئة القضائية وكان الأولى أن تحال قرارات هذه اللجنة الى مجلس الدولة بوصفه قاضى القانون العام فى المنازعات الادارية أوعلى الأقل الى جهة قضائية لم يجلس فيها من أصدر القرار ، فشرط الحيدة هو مكمل لشرط الاستقلال والحصانة وبغير هذه الثلاث شروط لا قيام لجهة قضائية وسارت المحكمة على قضائها فى البحث عن نية المشرع وكأن هذه النية هى الفيصل فى معرفة طبيعة اللجنة وليست نصوص الدستور فانتهت الى أن المشرع هو مشرع يبتغى مصالح المتقاضين وليس معقولا أن ينتقل اختصاص القضاء الادارى مع ما فيه من حصانات وامتيازات الى لجنة ادارية فلابد أن تكون هذه اللجنة من ثم قضائية مع أنه بادى أمام المحكمة افتقار اللجنة الى عنصر الحيدة المتوافرة بصورة قاطعة

لدى محكمة القضاء الادارى ولكنها سلمت بحسن نية المشرع وتناسب أنها انشئت كى تنتقص حقيقة ما يدعيه المشرع لا لتسلم بما يدعيه .

كما استقرت على ما سبق وأعلنه من أن للمشرع[١]، أن يسند الفصل فى بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهة قضائية أخرى مراعاة للصالح العام الذى تراه هيئة المحكمة بالطبع على أن يكون ذلك على سبيل الاستثناء ، وهكذا حولت المحكمة نص المادة ١٧٢ الى ماكان عليه الوضع قبل ذلك ولا يبقى منه الا حصانة المجلس من الغائه كلية للنص عليه فى الدستور أما الانتقاص من اختصاصاته الواحد تلو الآخر فليس فيه مخالفة لهذا النص ولم يختلف قضاء المحكمة الدستورية العليا عن هذا القضاء[٢].

وبهذا القضاء أوضحت المحكمة على أنها حين ذهبت الى أن حق التقاضى من الحقوق المستقرة كمبدأ عام من المبادئ الدستورية حتى ولو لم ينص عليه فى الدستور وأن السلطة القضائية هى سلطة أصيلة استمد وجودها وكيانها من الدستور ولا يملك المشرع بتشريع منه اهدار ولاية تلك السلطة جزئيا أو كليا ولا يجوز لها التعرض للسلطة القضائية فى ذاتها أو عزل لجانب من المنازعات عن ولايتها[٣].

هذه المبادئ لم تصادف التطبيق الصحيح لها من قبل المحكمة العليا ذاتها ولولا وجود نص المادة ٦٨ من الدستور لما تغير قضائها عن قضاء

---

(١) المحكمة العليا - جلسة ١٩٧١/٣/٤ - الدعوى ٢١ لسنة ١ ق .

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٦ مايو ١٩٨٢ - القضية رقم ١٠ لسنة ١ ق دستورية فى خصوص تكييف مجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة بأنه هيئة قضائية .

(٣) جلسة ١٦ ابريل سنة ١٩٧٧ - الدعوى رقم ١٣ لسنة ٧ .

المحكمة الادارية العليا سالف البيان فى خصوص القوانين المانعة من التقاضى ويكفى أن نتذكر مسلك المحكمة العليا الأمريكية فى تحديدها لشرط الوسائل القانونية السليمة الواردة فى الدستور الذى عرف كنص اجرائى حيث نص الدستور على عدم جواز حرمان أى شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة فحددت المحكمة العليا الأمريكية مدلول هذا الشرط كشرط اجرائى يضمن الحقوق والحريات ومنها حقوق الدفاع فحددت عناصره بأنه يتضمن مبدأ المحاكمة وهى التى تتفق فى اجراءاتها مع مبادئ العدالة التى استقرت فى تقاليد الشعب وفى ضميره على نحو يجعلها من المبادئ الاساسية التى يقوم عليها النظام القانونى والسياسى وأنها يجب أن تكون محاكمة نزيهة وعادلة فأهم عناصر المحاكمة العادلة أن تكون المحكمة محايدة وتضمن هذا الشرط أيضا كفالة حق الدفاع وبطلان التفتيش غير القانونى وغير ذلك من الضمانات[1]. ولقد كان أمام المحكمة العليا نصوص تضمنها الدستور لأول مرة لكفالة حق التقاضى وحق الدفاع وحصانة القضاء كان يجب أن تجعل من النصوص الواردة فى الدستور أساسا لتوسعها وتشددها فى التحقق من توافر الضمانات القضائية لا أن يتجه الى اهدار هذه الضمانات.

ويظهر من هذا العرض مدى الخروج على نصوص الدستور تحت ستار تفسير نصوصه وهوالسلطة الأصلية المعترف بها للقضاء .

---

(١) انظر د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٣٠٠ .

الفرع الثانى

أمثلة من القضاء الدستورى الأمريكى

لا تتميز المحكمة العليا الأمريكية بأنها من أقدم المحاكم فى العالم ان لم تكن أقدمها التى تباشر الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة[١]. فحسب بل أن التجربة الأمريكية فى خصوص الرقابة على دستورية القوانين تعتبر رائدة فى هذا المجال وبالرغم من أن المحكمة العليا فى الولايات المتحدة ينظر اليها على أنها مؤسسة سياسية وليس على الأقل قضائية خالصة وفقا لأراء عديد من الفقهاء[٢] والواقع أننا فى حدود طبيعة دراستنا نحسب ان نلقى الضوء على ذلك الجانب القضائى المشترك بين النظام - المصرى الذى هو متشبع بالنظام الفرنسى - والنظام الامريكى فمع وجود اختلافات بينه وبين نوعى النظام (اللاتينى والأنجلو سكسونى) الا أن الجانب الذى نحاول ابرازه هو منطقة مشتركة بين النظامين القضائيين ألا وهو سلطة القاضى فى تفسير النصوص الدستورية والقانونية ليتسنى له التأكد من دستورية الأخيرة .

واذا نظرنا الى الواقع نظرة محايدة نجد أن الدستور الأمريكى قد وضع منذ أكثر من مائة وخمسين عاما بل انه قارب المائتى عام (وضع سنة

---

(١) كان الحكم فى قضية ماربورى ضد ماديسون - هو أول الأحكام المقررة للمحكمة العليا بالحق فى رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة انظر :
Leading contitutional decicion 14 th ed New york p8.
وصدر هذا الحكم عام ١٨٠٣.

(٢) كان أشهر من وصف هذه الرقابة بذلك هو جاك لاميير فى مقاله بعنوان حكومة القضاة والصراع ضد التشريعات الاقتصادية فى الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٢١ ، وقد عمل عدد من الفقهاء على ابراز هذا الطابع السياسى للمحكمة بينهم اندريه نفس النظام الدستورى للولايات المتحدة سنة ١٩٥٤ ، ص ١٩٦ .

١٧٨٩) ولم يكن من الممكن للدستور أن يصبح صالحا لأداء وظيفته فى حماية الحريات العامة واعطاء السلطات المختلفة الأساس والاطار بمباشرتها لنشاطها ما لم تكن المحكمة بوصفها المهيمنة على تفسير ذلك الدستور والتأكد من سير القوانين الصادرة من الكونجرس فى فلكه قد توسعت أو ضيقت فى تفسيرها لنصوصه ومع أن الأولى أن المحكمة لا يجوز لها أن تفسر الدستور تفسيرا يبعد عن مقتضى أصول وقواعد التفسير الا أننا قد رأينا أن مثل هذا القول لا أثر له عمليا ليس فقط ازاء وجود مبادئ عليا للدستور ولكن لغموض النصوص الدستورية وقصورها مما يعطى الفرصة للقاضى الدستورى لوضع تصوره الخاص المتأثر بعوامل سياسية واقتصادية عديدة موضع التنفيذ فى صورة تفسيره للنصوص وما يقوم به القاضى فى هذا المجال ليس خروجا منه عن اطار مهمته كما أوضحنا فى مجال كل من القاضى الادارى والعادى وأشرنا الى طرق من دور القاضى الدستورى واذا كنا في مقام التفسير نتناول تطبيقات مختلفة لهذه السلطة لدى القاضى الأمريكى عامة فى المحكمة العليا على هذا النحو على أننا يجب أن نلاحظ أن النظام الأمريكى هو نظام فيدرالى أى أن المحكمة العليا ليس فقط من اختصاصها مطابقة القوانين الصادرة من الكونجرس للدستور بل وحماية الدستور ذاته فيما تضمنه من توزيع الاختصاص بين الحكومة المركزية والولايات المختلفة ، وعليه فان من اختصاص المحكمة رد ما يحاوله أى منها من التغول على اختصاصات الآخر وفق ما سبق وأشرنا اليه من عمل المحكمة على تدعيم النظام الاتحادى ذاته .

المطلب الأول

المحكمة العليا وشرط مراعاة الوسائل القانونية السليمة

نص التعديل الدستورى بعد ذكره لبعض ضمانات التحقيق والمحاكمة الجنائية على منع الحكومة المركزية من حرمان أى شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة[١]، كما جاء فى التعديل الدستورى الرابع عشر الصادر عام ١٨٦٨ منع الولايات منعاً باتا من المساس بحقوق وضمانات مواطنى الولايات المتحدة ومن حرمان أى شخص من حياته أو حريته أو ممتلكاته بغير مراعاة الوسائل القانونية السليمة[٢].

والمفسر لهذه المادة يجد أنه من الواضح أن هذا الشرط لا يعنى أكثر من توفير ضمانات إجرائية للأفراد ازاء حرياتهم وممتلكاتهم ويؤيد ذلك أصل هذا النص فى القانون الانجليزى ، وقد اطردت أحكام المحكمة العليا ذاتها على الأخذ بهذا المفهوم وتمثلت فيما اطردت عليه من ضرورة تحقيق مستوى معين من النزاهة والعدالة فى كافة الاجراءات المؤدية الى تطبيق القانون سواء فى المسائل المدنية أو الجنائية أو الادارية مما يتمثل فى عناصر المحاكمة العادلة التى اطرد قضاء المحكمة على رقابة توافرها

---

(١) The story of the American constitution colvon Daren New Yourk 1954 p 485.

حيث يعرض هذه المشكلة وتطوراتها .

(٢) المرجع السابق ص ٤٩٠ مع ملاحظة أن ذات التعديل تضمن شروط الحماية القانونية المتساوية مما يأتى ذكره .

للتحقق من الالتزام بهذا الشرط ازاء حقوق الأفراد وحرياتهم ومنها مبدأ حياد المحكمة ووجود نص قانوني مفهوم يتضمن تحديدا واضحا للسلوك غير المشروع والمحاكمة أمام هيئة محلفين والحق في الدفاع وبطلان التقنين غير القانوني[١].

ولكن المحكمة لم تستمر في الأخذ بالمدلول الحقيقي لهذا الشرط كقيد اجرائي فقط بل انها فسرته تفسيرا جعله قيدا موضوعيا أيضا ، فذهبت في عام ١٨٩٧ الى أن حماية الحرية الواردة في التعديل الرابع عشر لا تعني حماية الفرد من العدوان المادي على شخصه فحسب وانما تشمل فوق ذلك حق الفرد في التمتع بثمرات مواهبه وفي استغلالها بكافة الوسائل المشروعة وفي أن يعيش ويعمل حيث يشاء مكتسبا قوته بأي طريق مشروع ومتمتعا في سبيل ذلك بحق الدخول في أي تعاقد يختاره ويراه ضروريا ومناسبا لتحقيق شئ من هذه الاغراض ، وبالرغم من أن هذا المفهوم قد أدى إلى نشوء فكرة حرية التعاقد في الولايات المتحدة والمتممة للحريات التي يكلفها هذا الشرط إلا أن المحكمة قد استعملته للقضاء بعدم دستورية الكثير من التشريعات الاجتماعية التقدمية التي تهدف الى حماية العمال من استغلال ارباب العمل عن طريق اشتراط حدود دنيا لأجورهم أو حدود قصوى لساعات عملهم[٢] ومن ذلك مثلا في احدى القضايا التي كانت عليها أن تبحث دستورية قانون أصدرته ولاية نيويورك بمنع تشغيل العمال في المخابز أكثر من ستين ساعة أسبوعيا أو عشر

---

(١) انظر أحمد كمال ابوالمجد : عرضنا وافيا لهذه المشكلة في مؤلفه - الرقابة على دستورية القوانين ص ٢٩٠ وما بعدها . وانظر ايضا الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة (بالفرنسية) سنة ١٩٣٢ تأليف هنري خالان ومقدمة لنارتلمي حيث يعرض هذه الأحكام في تطوراتها من ٣١ والمدلول الانجليزي لها والمفهوم الأمريكي الأول الى ص ٣٧ .

(٢) انظر هنري جالان - المرجع السابق - ص ٥٨ - حرية التعاقد وشرط مراعاة الوسائل القانونية السليمة ، د/ أحمد كمال ابوالمجد - المرجع السابق - ص ٣٢٤ .

ساعات يوميا فقد قررت المحكمة ان السلطة البوليسية للولايات سلطة محدودة بحدود الدستور وأنه من الواجب التساؤل هل هذا التشريع يعد استعمالا عادلا ومناسبا ومعقولا للاختصاص البوليسى الذى تملكه الولاية أو أنه غير معقول ولا ضرورى بحيث يعد تدخلا تعسفيا فى حقوق الفرد وحريته الشخصية أو حريته فى التعاقد على عمله .

وانتهت المحكمة من تطبيقها لهذا المعيار على وقائع الدعوى الى أن التشريع المطعون فيه فى تقدير المحكمة منبت الصلة بحماية الأغراض التى تزعم الولاية أنه وضع لتحقيقها وهو يجاوز كل حد معقول لسلطات الولاية البوليسية ويخل بحرية العمال فى التعاقد مخالفا بذلك شرط الوسائل القانونية السليمة[١] واستمر اتجاه المحكمة فى هذا الاتجاه معارضا أيضا اشتراط حد أدنى لأجور العمال[٢]، وتراجعت المحكمة عند قضائها هذا من عام ١٩٣٧ م وامتنعت عن استعمال شرط الوسائل القانونية السليمة كقيد موضوعى على القوانين فى المسائل الاجتماعية والاقتصادية[٣] .

واذا كان لنا ملاحظة عابرة على قضاء المحكمة بخصوص هذا الشرط فنود أن نفسر أن غموض النص فى الوسائل القانونية السليمة هوالذى ترك للمحكمة الفرصة كى تفسره وفقا لمدلوله الحقيقى أو تخرج به عن هذا المدلول فمرونة النص وغموضه قد ترك الفرصة للمحكمة لايجاد سند دستورى لاتجاهاتها المختلفة فى المسائل السياسية والاجتماعية .

---

(١) قضية Lacher V New Yourk 1965 ، وأنظر أحمد كمال ابوالمجد - المرجع السابق - ص ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) انظر د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٢٢٤ .

(٣) انظر أسباب هذا التراجع فى أحمد كمال ابوالمجد - المرجع السابق - ص ٣٤ سنة ١٩٨٥ ، وانظر فى التطورات الحديثة لهذا المبدأ مؤلف :

Coses in constitutional law Robert Coshan 1676 p 273 .

ومن هذا التطور لمفهوم نص واحد يظهر أن المحكمة قامت بتحويل شرط إجرائي الى شرط موضوعي وهي النتائج التي أدت الى اقتران قضاء المحكمة العليا في هذا الخصوص بحكومة القضاة فاننا يهمنا أن نثبت هنا أن غموض هذا النص قد أدى بالقضاة الى انزال مفهومهم هم عن مدلوله فلم يكن بالنسبة لهم أكثر من تعبير عام عن مبدأ الشرعية المقيدة ترك الدستور تفسيره وتحديد نطاقه عامدا أو غير عامد للمحكمة العليا وحدها جاعلا منها بذلك عنصرا أساسيا فعالا من عناصر توجيه الحياة السياسية والاجتماعية في الولايات المتحدة مما يمكن أن نصف معه دور القضاء في تفسير مثل هذه النصوص الغامضة بأنه نوع من التشريع التفويضي تماريه المحكمة العليا بناء على دعوة ضمنية من الدستور[١].

وهذا ما يؤيد وجهة نظرنا من أن المبادئ العامة أو العليا للدستور والتي ينزلها القضاة في أحكامهم تتقمص صورة تفسير النصوص يساعدهم في هذا غموض النص أو قصوره عن بيان المقصود منه ، في حين أن وضوح النصوص يؤدي الى كشف هذا الخروج عن مقتضى التفسير في النص إلا أن هذا الخروج لا يقابل دائما بالهجوم من قبل الفقه أو الرأي العام اذا كان هذا التفسير متوافقا مع الحريات العامة للأفراد وهي ملحوظة نجدها في المجال الاداري في فرنسا ومصر وكذلك ايضا في الولايات المتحدة . ويظهر هذا الفارق في المقارنة بين هذا الهجوم الذي واجه قضاة المحكمة العليا الأمريكية في خصوص قضائها بعدم دستورية أغلب التشريعات التي تقرر مزايا للعمال تأثرا منها باتجاهات قضاتها الاقتصادية وقضائها في خصوص الحريات العامة والذي نضرب له مثلا بشرط المساواة في الحماية القانونية .

---

(١) د/ أحمد كمال أبوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٥ .

المطلب الثانى

المحكمة العليا وشرط المساواة فى الحماية القانونية

ينص التعديل الدستورى الرابع عشر فى نهاية فقرته الأولى على أن يمتنع على الولايات أن تحرم أى شخص فى دائرة اختصاصها من حقه فى الحماية القانونية المتساوية . وتنص الفقرة الخامسة من نفس التعديل من أن الكونجرس يملك عن طريق اصدار التشريعات المناسبة سطة أعمال هذه المساواة .

وقد ذهبت المحكمة العليا فى بادئ الأمر الى أن هذا الشرط لا يطبق الا لحماية الزنوج وحدهم ، وذلك منذ عام ١٨٧٣ غير أنها عدلت عن هذا المسلك منذ عام ١٨٨٦ حيث ذهبت الى ان الحماية الواردة فى التعديل الرابع عشر سواء ما اتصل منها بشرط الوسائل القانونية السليمة أو شرط المساواة فى الحماية القانونية حماية عامة فى تطبيقها وتسرى على جميع الأشخاص الخاضعين لقوانين الولاية بغير نظر الى ما قد يكون بينهم من اختلاف فى الأصل أو اللون أو الجنس ، وهذا مما يوضح مدى ضعف الأعمال التحضيرية أو الأساس التاريخى للنصوص الدستورية[1] كما أن مدلول شرط المساواة فى الحماية القانونية أنه لا يقيد الحكومة المركزية من جهة كما أنه لا يقيد الأفراد والمؤسسات الخاصة من ناحية أخرى فذهبت المحكمة العليا عام ١٨٨٣ الى عدم دستورية قانون الحقوق المدنية والذى

(١) انظر هنرى جالاند : المرجع السابق - ص ٦٦ فقرة ٢٧ ، وانظر د/ أحمد كمال ابوالمجد - ص ٤٠٧ وما بعدها . ويتفق الفقيهان على أن قضية مذبح لويزيانا هى التى صرحت فيها المحكمة بقصر الفصل على الزنوج .

نص على عقاب من يخل بالمساواة فى المعاملة فى الفنادق والمسارح وسائر أماكن التسلية وفى وسائل النقل المختلفة وذهبت المحكمة فى هذا الحكم الى أن التعديل الرابع عشر ليس من شأنه حماية الزنوج من التمييز فى المعاملة اذا كان واقعا عليهم من الأفراد أو المؤسسات الخاصة(١).

وقبل عام ١٩٤٨ كانت هناك مبادئ ثلاثة تحكم تفسير المحكمة لهذا النص : المبدأ الأول : أن الحظر الوارد فى هذا التعديل الدستورى انما يقيد الولايات ولا يقيد الأفراد والمؤسسات الخاصة . والمبدأ الثانى : أن الكونجرس وفقا لمدلول النص لا يملك استعمال السلطة المنصوص عليها فى الفقرة الخامسة استعمالا مبتدأ يدعم به مبدأ المساواة وانما يقتصر اختصاصه على التداخل لمعالجة الاخلال بالمساواة من جانب الولايات . والمبدأ الثالث : ان التعديل الرابع عشر لا يلقى على عاتق الولايات واجبا ايجابيا لتحقيق المساواة وانما يقتصر على منعها من التفرقة والتمييز بين الأفراد والطوائف . وقد كان مفهوم المحكمة عن المقصود بالحماية القانونية المتساوية هوالخضوع لقوانين واحدة أو متماثلة ومن ذلك أيضا ما ذهبت اليه عندما بحثت دستورية قانون صادر فى ولاية لويزيانا ينص على ضرورة الفصل بين البيض والزنوج فى النقل بالسكك الحديدية فذهبت المحكمة إلى أن الفصل فى ذاته لا يصم الزنوج بأى نوع من المهانة أو الدونية وأنه ما دام القانون يشترط أن تؤدى شركات النقل للزنوج خدمة مساوية لما تقدمه للبيض فان القانون قد أوفى بكل ما يشترطه التعديل

(١) قررت المحكمة العليا هذا المبدأ منذ القضية المعروفة بالحقوق المدنية - متفق عليه من انصار قيل جالان ص ٧٢ ، د/ أحمد كمال ابوالمجد ص ٤٠٩ ، وانظر تطورات قضاء المحكمة العليا فى هذا الخصوص .

Americen constitutional law six th Martin shopiro 1983 p 3.

لرابع عشر وهو ما عرف بدستورية مبدأ الفصل عند تحقق المساواة فى نضاء المحكمة العليا[١]، واطرد قضاء المحكمة العليا على أنه يكفى أن تقدم الحكومة للزنوج مزايا مشابهة أو مقاربة للمزايا التى يحصل عليها لبيض فلا يشترط أن تكون مساواة الزنوج بالبيض مساواة حسابية مطلقة وإنما يكفي أن تكون المساواة فى العناصر الأساسية التى تكون المزايا الناتجة عن استخدام المرفق[٢].

وفى عام ١٩٤٨ بدأت المحكمة تغير من مفهومها عن طريق تأويل وتوسيع النصوص فقد عرفنا أن شرط المساواة فى الحماية القانونية لا يطبق فى مواجهة نشاط الأفراد أو المؤسسات الخاصة ، فذهبت المحكمة الى تفسير النصوص تفسيرا خرج بكل تطبيقاتها السابقة عن النطاق الذى وضعته فيه المحكمة ذاتها فقد ذهبت الى أنه مع التسليم بجواز التجاء الأفراد الى الاتفاقات التى تطوى على تفرقة عنصرية كمنع التصرف فى عقارات للزنوج مثلا دون امكان الاحتجاج فى مواجهتهم بشرط المساواة فى الحماية القانونية فان الدولة لا تستطيع أن تستعمل هيئاتها القضائية فى وضع مثل هذه الاتفاقات موضع التنفيذ بمنحها بذلك جزاءً قانونيا يجعل الدولة شريكة فى المسئولية عنها[٣] وبهذا ومن الناحية العملية أصبحت هذه الاتفاقات غير ذات قيمة لأن المحاكم لن تحميها فيعد خرقها من قبل أحد أطرافها غير معاقبا عليه مما يقلل كثيرا من الالتجاء اليها لمنع الزنوج من امتلاك العقارات أو شغلها .

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤١٣ - حكمها الصادر عام ١٨٨٦ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤١٤ .

(٣) قضية شلبى ضد كرامر سنة ١٩٤٨ ، د/ أحمد كمال ابوالمجد - المرجع السابق - ص ٤١٠ .

كما أن المحكمة بعد أن أنتهت فى قضائها السابق إلى قاعدة جواز الفصل بين الزنوج والبيض عن المساواة كما سلف بيانه ذهبت فى واحد من أشهر أحكامها الى أنه لا موضع فى مجال التعليم العام لتطبيق قاعدة الفصل مع المساواة ذلك أن مجرد الفصل بين البيض والزنوج يؤدى بذاته الى انتفاء المساواة بينهم ويتعارض مع مبدأ المساواة فى الحماية القانونية المذكورة فى التعديل الرابع عشر.

وهكذا تطور مفهوم مبدأ المساواة فى الحماية القانونية من اقتصار الحماية على الزنوج ثم امتدادها لباقى المواطنين ثم تحديد مدلول المساواة بأنه الخضوع لقوانين متماثلة وأن الفصل بين الزنوج والبيص ليس به اخلال بهذا المبدأ ثم استقرت المحكمة الى أن المبدأ ما زال ساريا مادامت الحكومة تقدم لهم خدمات متساوية ثم انتهى الى ان الفصل بين الزنوج والبيض ايا كان شكله يعتبر اخلالا بمبدأ المساواة[٢].

---

(١) قضية براون ضد مكتب التعليم ، أنظر هذه القضية :
Leading constitutional decision p 423 .

(٢) انظر من أحدث القضايا فى هذا الخصوص :
American constitutionsl law opcit p 618.

المطلب الثالث

المحكمة العليا ونظرية الضرورة

توجد حالة الضرورة فى نطاق القانون الدستورى كلما وجدت الدولة فى وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطارا معينة سواء كان مصدرها داخليا أو خارجيا الا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التى لا يمكن أو يفترض أنه لا يمكن تجاوزها فى الأوضاع العادية والخطر الذى يهدد موضوعا دستوريا قد يكون سلطة من سلطات الدولة وقد يكون مؤسسة من مؤسساتها الدستورية وقد يكون التنظيم القانونى للحقوق والحريات على النحو الذى صاغه دستور الدولة(١).

وينقسم الفقهاء فى خصوص طبيعة هذه النظرية ، فمنهم من يذهب الى أنها نظرية قانونية ومنهم من يذهب الى أنها نظرية واقعية غير قانونية(٢). وقد ينظم الدستور حالة الضرورة والمكنات والسلطات غير العادية المخولة لاحدى مؤسسات الدولة لدفع هذا الخطر الذى ينبغى أن يكون جسيما وحالا وفى هذه الحالة تستمد هذه المؤسسة أو السلطة شرعية اجرائها من الدستور ذاته وتخضع لرقابة من المحكمة الدستورية لمراقبة شروط اعمال هذا النص الاستثنائى كنص المادة ١٦ فى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ والمادة ٧٤ من دستور سنة ١٩٧١ وهما ينوطان برئيس الجمهورية سلطات استثنائية لمواجهة هذه الظروف وقد لاينظم

---

(١) د/ يحيى الجمل : نظرية الضرورة فى القانون الدستورى وبعض تطبيقاتها العامة - سنة ١٩٧٧ - ص ١٤ .

(٢) انظر عرضا لهذه النظرية فى رسالة د/ محمود حافظ بالفرنسية - التفويض التشريعى فى فرنسا ومصر - القاهرة سنة ١٩٥٦ - ص ١٦٣ .

الدستور مثل هذه السلطات الاستثنائية فما مدى ما يمكن أن يتمتع به الرئيس الأمريكى من سلطات استثنائية فى حالات الضرورة وهل يمكن أن يتمتع بسلطة دون أخرى أو لا يجوز له التمتع بأى سلطات ؟

ان استعراض بعض أحكام المحكمة العليا الأمريكية فى خصوص هذه الحالة نجد أن المحكمة لم تضع مبدأ ثابتا تلزم به تصرفات الرئيس فى حالة الضرورة بل تذبذت أحكامها بين السماح للرئيس بهذه السلطات الاستثنائية وبين رفضها لهذه السلطات .

ففى أثناء الحرب الأهلية الأمريكية استخدم الرئيس لنكولن سلطات الحرب ليصدر قرارات تدخل فى المجال التشريعى تحت وطأة الظروف الاستثنائية التى تمر بها الولايات المتحدة فقد قام بفتح باب التطوع من تلقاء نفسه دون دعوة الكونجرس الى اجتماع طارئ كما قام برفع عدد الجيش والبحرية من ٤٥ ألف الى ٨٢ ألف كما قام بتطبيق القانون العسكرى فى كل أنحاء البلاد على المتمردين والعصاة وكذلك قيامه بوقف حق المثول أمام القاضى وهو أحد الضمانات التى نص عليها الدستور والتى لا يجوز ايقافها إلا فى الأحوال التى نص عليها الدستور وبقانون كما قام الرئيس بتطبيق القانون العسكرى فى كل انحاء البلاد مخالفا الدستور الذى يستلزم قصره على الأماكن التى تعتبر مسرحا للعمليات الحربية أو متاخمة لها[(١)] .

وقد رفع مواطن يسمى ميللجان دعواه أمام المحكمة العليا بعدم دستورية الاجراءات التى حوكم بمقتضاها وبالذات عدم دستورية الاجراءات

(١) A - Harison the American sonstitiution New Yourk p 421 .

ايقاف نظام المثول أمام القاضى وبالتالى ضرورة محاكمته أمام محكمة عادية باجراءات عادية وقد دافع لنكولن عن مسلكه خاصة بخصوص ايقافه نظام المثول أمام القاضى بأن الدستور لم يحدد السلطة التى توقف حق العرض على قاضى التحقيق لذا فقد بدأ لى مشروعا فى هذه الظروف الخطيرة وفى غيبة الكونجرس أن أتخذ هذا الاجراء حتى لا يتزايد الخطر[١].

وذهبت المحكمة فى قضية ميللجان هذه[٢] أن الدستور هو قانون المحكومين والحكام فى الحرب والسلم على السواء وأنه يرعى بحمايته الناس من كل وظيفة وفى كل الأوقات وتحت كل الظروف ولا يوجد هناك ما يبرر ايقاف نصوص ذلك الدستور حتى فى أشد حالات الاقتضاء بالنسبة للحكومة وان القول بوجود مثل ذلك المبرر يؤدى اما الى الفوضى أو الاستبداد وأن هذه الأمة كمادلت التجربة على ذلك لا تستطيع أن تعيش دائما فى سلام وليس لها الحق فى أن تتوقع أن حكامها سيكونون دائما من ذوى الحكمة والاتجاهات الإنسانية ويلتزمون بصدق بمبادئ الدستور وأن رجالاً أشرارا ، من الطامعين فى السلطة ومن يكرهون الحرية ويزدرون القانون قد يحلوا يوما مكان واشنطن ولنكولن واذا سلمنا بهذا الحق - الحق - فى الخروج على أحكام الدستور تأسيسا على الضرورة فان عدوانا محققا قد يرتكب ضد الحرية اذا قامت حرب أخرى .

---

(١) رسالة سجنورال السلطة التنفيذية فى وقت الحرب - تولوز ١٩٢٢ ، وانظر د/ محمد حلمى فهمى - الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى - ١٩٨٠ - ص٢٩٧ ، نقلا عن د/ عمر حلمى فهمى - الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة فى النظامين الرئاسى والبرلمانى سنة ١٩٨٠ - ص ٢٩٧ .

(٢) انظر حكم المحكمة والتعليق عليه - المرجع السابق - ص ١٥٧ وما بعدها .

Leding Constitutional decision .

وفى قضية أخرى تعرف بقضية عمال مصانع الصلب[١] وفيها اسند الرئيس ترومان الى نظرية الضرورة ليصدر أمره الى وزير تجارته بالاستيلاء على معظم مصانع الصلب فى البلاد وأن يتخذ ما يلزم من الاجراءات لتشغيلها نظرا لدعوة اتحاد العمل الى اضراب فى هذه المصانع والى حاجة البلاد الماسة للسلاح والعتاد الذى تقوم صناعته اساسا على صناعة الحديد والصلب إلا أن الأمر عندما عرض على المحكمة العليا الأمريكية قررت عدم اختصاص الرئيس باصدار مثل هذا الأمر فهو لا يملك اصدار ذلك الأمر الا بصفته قائدا عاما لقواتها المسلحة وليس بصفته رئيسا للولايات المتحدة وأن ثمة اجراءات للاستيلاء على الملكية الخاصة فى حالات الضرورة حددها الكونجرس ولم يلجأ اليها الرئيس وانتهت المحكمة الى أن الثمن الذى تدفعه حكومة الولايات المتحدة نتيجة حرمانها من مثل هذا التصرف ليس غالياً جدا اذا ما قورن بما يؤدى اليه الحفاظ على ما فى الدستور من حقوق وحريات .

وفقا لهذا الاتجاه من المحكمة العليا ذهب بعض الفقهاء الى أن المحكمة العليا الأمريكية ترفض الأخذ بنظرية الضرورة[٢] غير أن المتأمل لبعض من أحكام المحكمة العليا الأخرى يجد أنه فى عام ١٨٦٢ ، وفى أثناء حرب الانفصال أيضا حدث أن أسرت مجموعة من السفن المدنية المحملة بالبضائع بالقرب من موانى الولايات المتحدة المنفصلة ، ولما كان هناك أمر من الرئيس بحصار هذه الولايات فقد اعتبرت هذه السفن بما

---

(١) انظر حكم المحكمة فى Leding contitu ص ١٥٧ .

(٢) د/ يحيى الجمل : نظرية الضرورة - المرجع السابق - ص ٦٧ ، وانظر الانسة كامى - حالة الضرورة فى الديمقراطية - رسالة باريس سنة ١٩٦٥ - ص ٥٩ .

عليها من بضائع بمثابة غنيمة ، ولما طعن المدعون في مشروعية الاستيلاء وبالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه مستندين الى أن ما قامت به الحكومة مخالف للدستور الذى منعها من حرمان أى مواطن من حياته أو حرياته أو ممتلكاته دون اتباع شرط الوسائل القانونية السليمة إلا أن المحكمة العليا قضت بأن الرئيس يملك اتخاذ التدابير اللازمة في حالة الحرب ومنها الاستيلاء على ممتلكات الأفراد استنادا إلي اختصاصاته الممنوحة له بموجب المادة الثانية من الدستور التى جعلت الرئيس قائدا عاما للجيش والبحرية وهو فى ممارسته لواجباته فى اخماد الاضطرابات اذا واجه مقاومة عدائية مسلحة أو حربا أهلية تبلغ من الشدة درجة يمكن معها وصفها بأنها تمرد فى جزء من الدولة قائمة فانه يصبح صاحب القرار القاطع فى تقرير ذلك وله بموجبه اختصاصاته الممنوحة له بموجب المادة الثانية من الدستور اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لمواجهة هذه المقاومة وتلك الحرب والمحكمة تلتزم بقرارات وأعمال الهيئات السياسية وهذا الحكم صدر بالرغم مما أبداه القضاء المعارضون له من أن المساس بممتلكات المواطن هو حق فقط للهيئة التشريعية بمقتضى الألفاظ الصريحة الواضحة الواردة فى الدستور ولا يمكن للهيئة التنفيذية أن تمارس هذا الاختصاص دون تفويض صريح من الكونجرس وهو الذى يقرر ما اذا كانت الحرب قائمة أو أنها يجب أن تعلن إلى أن يصدر مثل هذا الاعلان لا يمكن المساس بملكية أى مواطن مالم يرتكب مخالفة صريحة لقانون صادر عن الكونجرس(١) .

وفى قضية أخرى أصدر الرئيس الأمريكى لائحة يمنع بموجبها تصدير أسلحة وذخائر الى بعض دول أمريكا اللاتينية لقيام صراع مسلح بين هذه

---

(١) قضية الغنيمة The Prise case .

الدول لا يجوز للولايات المتحدة أن تشجعه ودفعت أحدى الشركات بعدم دستورية هذه اللائحة لأن الدستور اسند للكونجرس وحده اختصاصا ينظم التجارة الخارجية والداخلية والدستور يمنع الحكومة المركزية والولايات من المساس بالحقوق ومن مرعاة شرط الوسائل القانونية السليمة ولكن المحكمة ذهبت الى أن الرئيس يعتبر أحد الأعمدة الرئيسية فى النظام الدستورى وهو يملك اختصاصاته بموجب المادة الثانية من الدستور يستطيع بواسطتها اتخاذ أى اجراء لازم لتأمين مصالح الولايات المتحدة وخصوصها فى مجال العلاقات الخارجية وأن الرئيس يملك فى ادارتها سلطة تقدير واسعة فلا يتحدد بالقوانين المكتوبة كما يقتضى الحال عند ممارسته لاختصاصاته فى المسائل الداخلية لأنه أدرى من غيره بظروف وملابسات هذه العلاقات وخصوصا فى زمن الحرب .

وليس المجال هنا هو نفى أو تأييد مذهب المحكمة العليا فى حالة الضرورة ومناقشة من ذهبوا الى أنها تأخذ بالتفسير الضيق للدستور أو أنها لا تأخذ به فهذه الأحكام أوضحت صراحة أخذ المحكمة باعتبارات تحتمها ظروف حالة الضرورة ولكن ما يهمنا هنا الاشارة اليه هو ذلك التحكم فى نصوص الدستور بتضييق تفسير هذه النصوص ثم بتوسيعها مرة أخرى دون ضابط موضوعى يمكن الاستناد اليه للقول بوجود أساس لسلطة الرئيس فى حالة الضرورة وما قصدنا من هذا العرض الا توضيح سلطة المحكمة العليا الواسعة فى التفسير ، تلك السلطة التى تؤدى الى أن تصبح آراء قضاتها وما يتأثرون من عوامل هى الأساس فى تحديد ووضع تفسير للدستور يتسع تارة ويضيق تارة أخرى كما أن التفسير

الواسع لسلطات الرئيس الواردة فى المادة الثانية من الدستور ابراز أيضا لمدى تدخل روح النصوص فكل عامل متوفر وهام فى اسباغ الشرعية على تأويل المحكمة للنصوص وتوسيعها فى تفسيرها حيث ان المحكمة أسبغت الشرعية على تصرفات الرئيس مستندة الى ما تقتضيه نصوص الدستور من اعطاء الرئيس سلطة واسعة تتسع بداهة فى زمن الحرب وحالة الضرورة ليتسنى له مجاوزة المجال المحجوز له الى اغتصابه بعض من سلطات الكونجرس الأمريكى(١).

---

(١) انظر آخر القضايا فى خصوص سلطات الرئيس :

Cases in constitutional law U. S. Vcurties wrigh .

المطلب الرابع

المحكمة العليا وحرية التعبير

ينص التعديل الأول للدستور على منع الكونجرس من اصدار قانون يمس حرية الكلام أو الصحافة ورغم اطلاق عبارة هذا النص مما يجعل تفسيره يعنى اطلاق حرية الكلام أو الصحافة إلا أن أحدا من الفقهاء الأمريكيين لم ينازع فى أنها حرب مقيدة بالقيود الضرورية التى تمليها طبيعة الحياة الجماعية المنظمة[1]، وهذا ما يجعل المحكمة العليا يتشابه موقفها مع موقف المحكمة العليا فى مصر فى خصوص وحرية العقيدة وحرية اقامة الشعائر الدينية حيث نجد أن كلتا المحكمتين قد انتهيتا الى وجود مبدأ عام يهيمن على تفسير الدستور مقتضاه عدم جواز اطلاق الحرية الى الحد الذى يهدد النظام العام فى المجتمع وهو مبدأ أغلب طبائع الأشياء إلا ن هذا المبدأ العام قد خلق مشكلة أخرى ألا وهى كيفية التوفيق بين دواعى هذه الحرية فى صورها المختلفة وبين ضرورات النظام العام وتحديد هذه الحدود بين الحرية وبين النظام العام هى التى تمنح القضاء فرصة واسعة للمشاركة فى تحديد القيم الدستورية والسياسية فى البلاد وذلك أنه يعتمد فى النهاية على وزن وترجيح للعوامل النهائية التى تؤيد كلا من الحرية الفردية التى يعبر عنها اعلان الحقوق والمصلحة العامة التى تعبر عنها السلطة البوليسية التى تملكها الحكومة[2].

وقد أدت هذه الاعتبارات الى ابتداع المحكمة العليا الأمريكية لعدة

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : أنظر الأحكام التى سردها فى مؤلفه - سالف البيان - ص ٣٦٧ .
(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٣٦٨ .

معايير لوزن مدى خطورة الحرية على النظام العام ، فكان هناك معيار الخطر الواضح القائم ومؤداه أنه كي يكون القول أو المقول معاقبا عليه يجب أن يكون ذا صيغة معينة وصدر فى ظروف معينة من شأنها أن تسبب خطرا واضحا وقائما يهدد بوقوع الأضرار التى للكونجرس الحق فى منعها وقد اتبعت المحكمة هذا المعيار بمعيار آخر هو معيار تفضيل الحريات ومؤداه أن للحريات المكفولة بالتعديل الأول مركزا مفضلا يحرم المساس بها أو الاعتداء عليها وأصبح الأصل أن القانون المقيد للحريات هو قانون غير دستورى مالم يثبت أن هناك خطرا واضحا وقائما يبرر صدوره ولذلك فانه كي تستصدر الحكومة أمر منع صحيفة من نشر مقالات معينة فان عليها أن تثبت أن هناك خطرا حالا يهدد سلامة الدولة ونظامها الاجتماعى[1] وأن ما يهمنا هنا هو وجود مبدأ غير منصوص عليه استنبطته المحكمة من أحكام ومبادئ الدستور والمبادئ الدستورية العامة وليس من مقتضى التفسير فقواعد التفسير تقضى بأن المطلق يبقى على اطلاقه ولكن تفسير الدستور ليس تفسيرا لفظيا فى المقام الأول بل هو تفسير متكامل يأخذ بمبادئ عامة يستنبطها القضاء ويعملونها فى الدعاوى المنظورة أمامهم وما داموا المهيمنين على ذلك الاستنباط وما دام لا مفر من وجود مثل هذه المبادئ سواء كانت قريبة من نصوص الدستور أو بعيدة عنها فان القضاة لهم اليد الطولى فى تفسير الدستور وعليه فلم يكن القاضى هولمز مبالغا في القول بأن جميع السلطات تخضع للدستور ولكن

---

(١) قضية New Yourk V. U. S. ، وانظر اتجاهات المحكمة فى خصوص المعايير السالف البيان - مؤلف ، د/ أحمد كمال ابوالمجد - المرجع السابق - ص ٤٦٠ ، د/ محمد عصفور - باب النظام الاجتماعى من ص ٧٦ إلى ص ٧٩ .

الدستور ما نقوله نحن فالواقع يؤيد ذلك ومهما قلنا عن تحكم أو انحراف من السلطة القضائية فى تفسيراتها للدستور فانها هى الجهة التى أوكل اليها الدستور ذاته هذه السلطة وأنه لا توجد أى مؤسسة أو سلطة تسلم أو يفترض أن تسلم من الخروج على نطاق الدستور بطريقة أو بأخرى وانما يمكن القول أن هيمنة القضاء على تفسير الدستور يجعل الدستور فى أيدى أقل الهيئات ميلا للخروج على أحكامه ليس فقط لطبيعة القضاة الملتزمة بهذه الأحكام ولكن لأن استقلالها عن باقى السلطات يجعلها وكأن ليس لها ثمة مصلحة فى الخروج على أحكام الدستور فليس من مقتضى هذا الخروج أن يزيد من اختصاصاتها مثلا ولكن هذا لا ينفى عن هذه السلطة خروجها الصارخ فى بعض الأحيان عن حدود الدستور وتلك مسألة أخرى[١].

(١) انظر حكم المحكمة العليا فى خصوص حرية التعبير - مؤلف القانون الدستورى الامريكى - سنة ١٩٨٣ - سالف البيان .

الفرع الثالث

القاضى الدستورى ورقابة التكييف

فى الدعوى الدستورية

ذهبنا فيما سبق الى أن التكييف هو الرباط الدقيق ما بين القانون والوقائع فى الدعوى فهو الذى يمكن القانون من أن ينزل على وقائع النزاع فيحسمها بحكم قضائى وهو من ناحية أخرى يوصل الوقائع ويجمعها ويسندها ويركزها ويضع لها صلاحية الارتفاع الى القاعدة القانونية الواجبة التطور فالتكييف منطقة قانونية يتجانس ويتألف فيها عنصرا الواقع والقانون.

فالتكييف يتركب من عنصرين (أ) عنصر الواقع - عنصر القانون وأساس عملية التكييف هوأنه يصل ما بين القاعدة القانونية المجردة على نزاع واقع غير مجرد فالقاضى متى أتم تحصيل فهم الواقع فى الدعوى فانه يبحث عما يجب تطبيقه أى تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع فأحكام القانون مطلقات وعموميات تتناول أنواعا وأعداد من الحوادث لا تنحصر ، وكانت هذه الحوادث لا تقوم الا معيبة مشخصة ولكل معين منها خصوصيته ليست فى غيره وعلى هذا كان التكييف هو توخى معانى القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى أى رد فهم هذا الواقع الى حكم القانون أو بمعنى أكثر اتساعا فهو ادراج حالة واقعية معينة داخل اطار فكرة قانونية[1] .

---

(١) انظر فى التكييف المراجع سابقة الاشارة اليها وأخصها حامد فهمى ، محمد حامد فهمى - النقض فى المواد المدنية ص ١٦٣ ، د/ محمد محمود ابراهيم - النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى ص ٦٣ - رسالة فينيسيا - السلطة التقديرية ص ٢٠ .

وقد أردنا من ترديد ما سبق وأوضحناه عند بحث رقابة القاضى الادارى للتكييف فى الدعوى أن ننبه الى أن التكييف عنصره الأول هو الوقائع التى تثار أمام القاضى وأنه يقوم برد فهم هذه الوقائع الى فهم القانون لها ، واذا كان القاضى المدنى والجنائى يقوم بهذا الدور لوجود وقائع امامه ويتعين وضع وصف قانونى منضبط لها حتى يتسنى اعمال آثار هذا الوصف فى الدعوى المطروحة أمامه فان القاضى الادارى يتناول وقائع القرار محل فحصه ليتثبت من مشروعيته أو عدم مشروعيته وان هذا الفحص لوقائع القرار هو مرحلة من مراحل رقابته على عنصر السبب فى القرار بوصف القرار قائما على وقائع مادية أو قانونية تشكل ركنا فيه ، فالقاضى يفحص وجود هذه الوقائع ويفحص تكييف الادارة ، لها وتناولنا مشكلة تفضيل القاضى لتكييفه هو على تكييف الادارة .

فاذا انتقلنا الى القاضى الدستورى نجدأن تناول هذه المشكلة هو تناول لمشكلة السبب فى القانون ومدى رقابة القاضى له ، والقاعدة العامة فى نطاق رقابة القاضى الدستورى للقانون أن القاضى لا يراقب الحالة الواقعية أو القانونية المؤدية لصدور القانون كقاعدة عامة إلا إذا كان الدستور قد نص على وجود هذه الحالة حينئذ يراقبها القاضى وقد يضع لها الدستور وصفا معينا بمراقبة القاضى هذا الوصف فى هذه الحالة تكون هناك رقابة تكييف لوقائع القانون إلا أن هذا أمر نادر الحدوث[١] ، ولهذا فان قيام القاضى الدستورى بتخصيص لبعض التفسيرات العامة للدستور لا يأخذ معنى التكييف ، فالتكييف لا يرد الا على وقائع ، أما مثل هذا التخصيص فهو وضع وصف قانونى معين على احدى تطبيقات هذا القانون

---

(١) ولقد اشرنا الى رقابة السبب بمعنى الوقائع فى القانون فى حالة السلطة المقيدة .

أى أنه يعتبر عمليا تفسير فى صورة تطبيقية فالأصل أن تفسير نص من نصوص الدستور أن يكون هذا التفسير له صفة العمومية كتفسير مثلا معنى الضريبة أو الرسم أو معنى القاضى الطبيعى أو المساواة ولكن قد تعرض للقاضى بعض النصوص لبحث دستوريتها بدعوى أنها ضريبة مثلا فاذا جاء القاضى الدستورى دون أن يضع تعريفا وتوضيحا لمعنى الضريبة أو وضع هذا التعريف ثم طبقه على النص المدعى بأنه ضريبة فهذا ليس تكييفا بالمعنى الصحيح وانما هو تطبيق وصف قانونى يخصص لآخر عام.

ومن ذلك مثلا اذا ذهبت المحكمة الى أن التكييف القانونى السليم لجهاز المدعى العام الاشتراكى أنه هيئة قضائية وليست سلطة ادارية تنفيذية ومن ثم فان قرارات هذا الجهاز وأوامره هى قرارات قضائية ، هذا القول ليس عملا للتكييف وانما هو بحث فى طبيعة جهاز المدعى العام الاشتراكى فالتكييف ماورد على الدعوى فقط[1]. والواقع أن ما يجعل هناك خلط بين عملية التكييف فى الدعوى وعملية البحث فى طبيعة النصوص القانونية الواردة بها أى تخصيص بعض التطبيقات المستمدة من القاعدة العامة هو عملية التخصيص هذه فعند البحث مثلا فيما اذا كانت الوقائع مكونة لجريمة سرقة أو نصب فانما أنزل النص بعد تفسيره وفهمه على خصوصيته وقائع النزاع كما أننا عند بحث طبيعة بعض النصوص التى تتضمن أوصافا قانونية أو مصطلحات لها مدلول قانونى فاننى أنزل عليها التفسير العام للمصطلح ولكن فى خصوصية تطبيق النصوص هذا القانون ومثال ذلك ما ذهبت اليه المحكمة العليا[2] ، فى مصر من أن

(١) حكم محكمة القاهرة للأمور المستعجلة - مستأنف مستعجل - جلسة ١٩٧٦/٤/٢٨ ، وتعليق عليه من د/ محمد محمود ابراهيم - المرجع السابق - ص ١٤٥ .

(٢) حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٩ لسنة ٥ - جلسة ١٩٧٦/١١/٦ .

اشتراكات التأمينات الاجتماعية لا تعد ضريبة فقد يبدو أن هذا يعتبر تكييفا للاشتراكات العامة ولكن الواقع أنه تطبيق خاص بمصطلح التأمينات الاجتماعية الوارد فى القانون بعد تفسير نص عام وارد فى الدستور حول الضريبة ولكن ما دعا الى الظن باعتبار ان هذه العملية هى عملية تكييف هو تخصيص هذا النص الدستورى العام بها لكن هذا التخصيص هو تخصيص فى التفسير وليس تكييفا لأن التكييف هو تكييف وقائع دائما.

ولقد دفعنا الى تأكيد ان التكييف لا يرد الا على وقائع انه فى بعض الاحيان تختلط فكرة التكييف بفكرة الانحراف التشريعى ويؤدى هذا الخلط الى استتار القاضى بفكرة التكييف الخاطئة وهو يكشف فى حقيقة الأمر عن الانحراف التشريعى ولكنه فى النهاية ينسب كشفه ما يعتور القانون من مخالفة للدستور الى أنه يستعمل سلطته فى التكييف ولتوضيح ذلك نعرض لأبرز الأمثلة من القضاء الأمريكى والتى سبق أن عرضناها ونحن فى مجال عرض رأى أحد الفقهاء فى نظرية دكتور السنهورى[1] فالفقيه الكبير ارجع امكانية القضاء على ما يتضمنه القانون من تحايل مستتر على الدستور الى سلطة القاضى الدستورى فى تفسير النصوص الدستورية، فإذا تكشف له مضمونها الحقيقى انتقل بعد ذلك إلى البحث فى مدى توافقه مع النصوص الدستورية ولقد أبرزنا سابقا أن ما يفعله القاضى فى هذه الحالة ليس تفسيرا للنص وانما استقصاء لغاية المشرع الحقيقية وهى الغاية التى تحكم على التشريع بالصحة أو البطلان ومصدر الخلط راجع هنا الى هذا الفهم الخاطئ لفكرة التكييف فى القانون ففهمه هذه الفكرة على

---

(١) رأى د/ أحمد كمال ابوالمجد - رسالة فى الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة - هامش ص ٥٩٦ .

أساس أنها اضفاء وصف قانونى معين على علاقة قانونية هو فهم خاطئ فتكييف هيئة معينة قرر لها المشرع بعض امتيازات السلطة القضائية بأنها هيئة قضائية أم لا ليس تكييفا وانما تفسيرا مخصصا لنص دستورى عام أما التكييف فى معناه الحقيقى فهو اضفاء وصف قانونى على واقع معين لأن هذا الواقع هو الذى يحتاج فعلا الى وصف قانونى ، المثال الواضح الذى سبق وضربناه هو تكييف حالة معينة بأنها حالة ضرورة أو أنها تستوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير معينة فاذا استطعنا أن نوضح هذا الفارق الدقيق بين التكييف كمجال اساسى لسلطة القاضى عموما فى رد فهم الواقع الى فهم القانون لهذا الواقع وهو ما يقوم به القاضى المدنى والجنائى والقاضى الادارى فى رقابته لعنصر الوقائع فى القرار الادارى وهو ما يجب أن يقوم به القاضى الدستورى فى حالة السلطة المقيدة فقط حيث يضع الدستور فهما معينا لهذا الواقع ويبين استعمال لفظ التكييف مجازا فى تفسير النصوص الدستورية تفسيرا مخصصا ، فهذه الحالة الأخيرة هى عبارة عن امتداد لسلطة القاضى الدستورى فى التفسير ولهذا تخضع سلطة القاضى فى هذه الحالة للحدود المنطقية لعملية التفسير ذاتها وفى نفس الوقت يقوم هو من خلال هذه العملية باضفاء وصف قانونى على حالة خاصة بذاتها كوصف تنظيم القانون لعلاقة معينة بأنه فرض رسم أو فرض ضريبة فى حالة وجود ضوابط معينة للرسم أو الضريبة ولكن فى بعض الحالات يحتاج القاضى الدستورى لاضفاء هذا الوصف الى استجلاء نية وارادة المشرع ليحدد على نحو دقيق مراد الشارع فاذا تكشفت له غاية المشرع وأنزلها على النص القانونى فهو هنا فى اظهار لحقيقة النص انما يكشف عن الانحراف التشريعى ولا يستعمل سلطته فى التكييف فليست

هنا ثمة وقائع مجردة لينزل هو عليها وصفا قانونيا وانما هنا علاقة قانونية لها خصائص معينة يجعلها تنتمى الى وصف الضريبة أو الرسم والمشرع حدد هذه الطائفة فاذا تجاهلت المحكمة هذا التحديد من قبل المشرع وقامت هى بفحص حقيقة هذه العلاقة أو الوصف القانونى فهى تبحث عن الانحراف لا عن التكييف فى الدعوى وفى عبارة أوضح انها تتجاوز نطاق سلطتها فى التفسير - كان تفسيرا عاما أو مخصصا - الى نطاق التثبت من صحة الأوصاف القانونية التى أوردها المشرع فى تشريعه مستعينة بغايته فهي فى حقيقة الأمر تحكم على هذه الغاية منطبعة على التشريع أى أنها تبحث على تفسير الدستور[1] وهو ما يجعل الدستور فى أيدى أقل الهيئات ميلا للخروج على أحكامه ، ليس فقط لطبيعة القضاة الناشئة من طول حرصهم على التزام احكام الدستور والقانون ولكن لان استقلال القضاة عن باقى السلطات يجعل السلطة القضائية ليس لها ثمة مصلحة فى الخروج على أحكام الدستور فهى ليست فى صراع مع سلطة أخرى تؤدى بها الى استخدام سلطة القضاء لترجيح كفتها على هذه السلطة والقضاة لا يبغون بأحكامهم الوصول الى السلطة ذلك الفرض الذى يحكم الواقع السياسى فى شتى المجتمعات فالقضاء بعيد عن الصراع السياسى والحزبى بما ينأى به عن محاولة تفسير أحكام الدستور للوصول الى ما يبغيه من سلطان وكل ما فى الأمر أن القضاه فى بعض الاحيان ومنهم قضاه المحكمة الدستورية قد يخرجون على النصوص نفسها تحقيقا لفهم خاص بهم فى خصوص الأقضية المعروفة أمامهم ولكن ما دمنا قد حققنا لهؤلاء

---

(١) انظر حكم المحكمة العليا الامريكية فى خصوص حرية التعبير - مؤلف القانون الدستورى الامريكى سنة ١٩٨٣ - سالف البيان .

القضاه الحيدة والعصمة من العزل والاستقلال التام عن السلطات الأخرى فلا مناص من النزول على رؤيتهم الخاصة لنصوص الدستور والقانون ، فالضمانات المطلوبة فى هذا الخصوص هى ضمانات تتعلق فى المقام الأول والأخير بتحقيق الاستقلال للسلطة القضائية وتوفير التأصل القانونى لأعضائها وكذلك الاستقلال المالى والادارى عن سائر السلطات والعمل قدر الامكان على اعتبار تعدد درجات التقاضى مبدأ من المبادئ الأساسية التى تحكم تنظيمنا القضائى ، فاذا توفرت هذه العوامل أمكن فى النهاية الاطمئنان الى أن ما يصدره القضاه فى أحكامهم بعيد عن الهوى والغرض ومن هنا تظهر الأهمية الكبرى لتلك النظريات التى تهتم بالعمل القضائى ذاته لا بالنصوص التى تنظم هذه السلطة وننتهى من هذا العرض الى أن القاضى يتمتع بسلطان عظيم على النص الذى يطبقه وان سلطانه هذا يفوق كثيرا سلطانه ازاء عيب الانحراف التشريعى ، فهو بدون استعمال سلطته فى البحث عن الانحراف التشريعى يهيمن على النصوص الدستورية يفسرها كيفما شاء ويعينه على ذلك ايجاز هذه النصوص وبقاءه مدة طويلة مما يجعله فى حاجة دائمة الى تطوير تفسيره لها اما عيب الانحراف التشريعى فهو مجرد وسيلة تمكنه من اكتشاف ما قد خفى من أغراض المشرع وفى استعماله لهذه الوسيلة يظل ملتزما دوره ومكانه كقاضى يوازن بين الأدلة والقرائن على وجود أو عدم وجود الانحراف ولا يتدخل أبدا بفرض مفاهيمه الخاصة على المشرع أو على النصوص الدستورية فهو فى بحثه عن الانحراف يحاول البحث عن الحقيقة ، حقيقة التشريع والبحث عن الحقيقة هى من أولويات مهام القاضى أى قاض من هنا كان النعى على الانحراف التشريعى بأنه يجعله القاضى يتدخل فى عمل المشرع هو لا

يصادف واقعا صحيحا فهو يتدخل فعلا فى فرض مفاهيمه الدستورية على المشرع من خلال سلطته الأصلية فى التفسير أما فى حالة بحثه عن الانحراف فهو يمارس دوره الطبيعي فى الموازنة بين الأدلة والقرائن ويظهر من هذا العرض أن البحث عن الانحراف التشريعى بعيد عن كثير من الاتهامات التى ألقيت عليه ويقى أن نوضح العلاقة بين الانحراف التشريعى وعدة أفكار ومبادئ أخرى قد تختلط بالانحراف أو قد يثار شبهة اعتداء الانحراف عليها وهو ما سنوضحه فى المبحث القادم .

الفصل الثالث

الإنحراف التشريعى

وحدود رقابة القاضى الدستورى

لا يبقى لنا فى هذا القسم من الرسالة إلا أن نوضح العلاقة بين عيب الانحراف التشريعى وبعض المفاهيم والمبادئ الدستورية التى قد تختلط بعيب الانحراف التشريعى من ناحية فتسبب لبسا فى الوصول الى حقيقة هذا العيب أو قد يبدو ولأول وهلة أنها تتعارض مع الاعتراف للقاضى بسلطة الكشف عن الانحراف التشريعى من ناحية أخرى فوجبت الاشارة الى هذه المفاهيم والمبادئ ومن ذلك الحكم على عيب الانحراف التشريعى بأنه حد من حدود الرقابة القضائية على دستورية القوانين فضلا عن أن مناقشة هذه الأمور تيسر المقارنة بين الانحراف التشريعى وطبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين وعلى هذا سنتناول على التوالى ، الانحراف التشريعى ، ومبدأ الفصل بين السلطات ، الانحراف التشريعى وجود وضوابط الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأخيرا الانحراف التشريعى وطبيعة الرقابة القضائية على دستورية القوانين .

المبحث الأول

مبدأ الفصل بين السلطات

والإنحراف التشريعى

مبدأ الفصل بين السلطات مبدأ قديم دعا اليه افلاطون وأرسطوا الا أنه لم يأخذ صوزته الموجودة حاليا الا منذ القرن الثامن عشر وقبل ذلك ساد نظام تركيز السلطات فى شخص الأمير أو الحاكم وكانت كتابات لوك فى مؤلفه الحكومة المدنية أحد المصادر الفكرية التى قام عليها المبدأ وبالرغم من أن لوك كانت لديه فكرة ثلاثية السلطة فى الدولة الا أن مفهومه للسلطات أنها السلطة التشريعية والتنفيذية والاتحادية كما أن السلطة التشريعية مكانة سامية عن السلطة التنفيذية ، إلا أن فكرته عن فصل السلطات كانت أميل الى تقسيم الوظائف فى الدولة ولذلك كان مفهوم منتسكيو للفصل بين السلطات هو المفهوم الذى ذاع وانتشر عنها(١).

ومفهوم متنسكيو للفصل بين السلطات كان متأثرا بكراهيته البالغة للاستبداد فى شتى صوره ، لذلك كان فى كتاباته مترددا بين الأنظمة الديمقراطية والارستقراطية ليتمكن من اختيار أفضل نظام يحقق عدم الاستبداد ، لذلك كانت محاولته توزيع السلطات بين الهيئات الثلاث هى

---

(١) انظر الى رسالة دكتوراه :

La fin du Prinicipe de separation des pouvoirs la nouvelle formel marcel de la bigne 1934 .

وانظر كاريبه ومليرج - النظرية العامة للدولة - ص ٢٠ ، الى ١٥ جذور فكرة الفصل بين السلطات بين افلاطون وارسطو .

لضمان عدم استبداد احداها وتحكمها ، فالفكرة التى استنبطها من دراسته لمختلف الأنظمة ، أن كل من بيده سلطة ينزع بطبيعة الحال الى اساءة استعمالها ، وعليه يجب أن تقسم أو توزع تلك السلطة فى الدولة حيث ليتحقق فصل السلطات فى نظر منتسكيو بأمرين :

١- قدرة البت أى أن تكون كل سلطة من السلطات الثلاث مختصة بالبت فى المسائل التى تدخل فى دائرة اختصاصها .

٢- وقدرة المنع أى الاعتراف لكل سلطة بقدرة منع السلطات الأخرى من التدخل فى وظيفتها أى بالرقابة المتبادلة بين السلطات الثلاث .

والفقه التقليدى انتهى الى أن فصل السلطات يقوم على قاعدتين تكمل احداهما الأخرى فهو يقوم أولا على قاعدة التخصص الوظيفى بما تعنيه من ضرورة تعدد الهيئات العامة بقدر تعدد سلطات الدولة مع توزيع هذه السلطات بين هذه الهيئات بحيث يكون لكل منها متخصصا فى أعمال سلطة بعينها من تلك السلطات وهو يقوم ثانيا على أساس أنها جميعا هيئات متساوية ومستقله بعضها عن بعض بحيث لا تتداخل أو لا تتدخل احداها فى أعمال الأخرى ولا تخضع لرقابة غيرها من الهيئات[(١)]. إلا أن الواقع لا يقوم على هذا التصوير لمبدأ الفصل بين السلطات فهو لا يعتمد قاعدة التخصص الوظيفى بشكل مطلق ، فالسلطة التشريعية تقوم ببعض الأعمال من طبيعة تنفيذية ، والسلطة التنفيذية تقوم ببعض الأعمال ذات الطبيعة التشريعية ، كما أن طبيعة الأمور تفرض أن تكون للسلطة

---

(١) انظر ما رسيل بريلو - تاريخ الأفكار السياسية - سنة ١٩٦٦ ص ٣٧٦ ، وانظر ووفرجيه - المرجع السابق - ص ١٩٣ ، وانظر ثروت بدوى - النظم السياسية ص ٢٨٦ ، ود/ كاظم ليله - النظم السياسية ص ٥٦١ .

التشريعية تأثير واضح على السلطة التنفيذية ، وذلك بحكم ما تقرره من قوانين ملزمة ، وكذلك فان السلطة التنفيذية تملك بما تصدره من أوامر وقرارات أن تمارس قدرا من التأثير على السطة التشريعية[1] ، ولذلك فان الفصل بين السلطات يعنى مجرد توزيع السلطات بين هيئات مختلفة دون أن يستلزم اقامة فصل جامد أو حواجز منيعة بين تلك الهيئات ، فالفصل المطلق يجعل كل هيئة سلطة منعزلة عن السلطات الأخرى وتمارس اختصاصها أو سلطاتها بطريقة استقلالية قد تمكنها من اساءة استعمالها فهى لا تجد أمامها عائقا يمنعها من الاستبداد أو الطغيان لأن السلطات الأخرى لا تستطيع أن تتدخل فى ممارستها لسلطاتها وبالتالى لا تستطيع أن تحول بينها وبين الطغيان وبذلك يصبح المبدأ عاملا من عوامل الاستبداد لا مانعا له والتفسير الحديث لمبدأ الفصل بين السلطات مضمونه أن يكون الفصل نسبيا ومرنا يسمح بوجود نوع من التعاون والمشاركة فى الاختصاصات فى الهيئات العامة المختلفة ، وبدرجة تتفاوت من نظام سياسى الى نظام سياسى آخر ودون أن تصل الى الغاء الفواصل والحدود وتركيز السلطة فى يد واحدة أو تمكين احدى الهيئات من السيطرة على باقى الهيئات واخضاعها لارادتها ، ومن هنا كانت فكرة الفصل النسبى والمرن بين السلطات[2] .

ولذلك ينظر الفقه الحديث الى مبدأ الفصل بين السلطات على أساس أنه قاعدة من قواعد السياسة وليس بوصفه مبدأ قانونيا مجردا يمكن اعتباره على أنه احدى ضمانات حريات الأفراد ومانعا للتعسف

---

(١) بيردو : القانون الدستورى والأنظمة السياسية ص ١٧٩ .

(٢) د/ ثروت بدوى - النظم السياسية - سنة ١٩٧٠ - جـ١ ص ٢٨٩ .

والاستبداد ، لذلك يجب وجود الاستقلال العضوى لكل سلطة مع الاعتراف في نفس الوقت بالتعاون وتبادل الرقابة فيما بينهم[١] ، وعليه فان مبدأ الفصل بين السلطات هو أحد ضمانات الحرية فى الدولة الحديثة وتتفاوت الأنظمة السياسية فى درجة الأخذ به الا أن السائد أنه فى أشد النظم أخذا بالفصل بين السلطات فى صورته الجامدة تطوره الى نوع من الفصل النسبى بين السلطات مما يسمح بقيام التعاون والتداخل فى بعض الاختصاصات بين السلطات المختلفة[٢].

والملاحظ أن الغالبية العظمى من الكتاب التى تناولوا بالتحليل هذا المبدأ لم يبرزوا علاقة السلطة القضائية به ومدى سريانه عليها فالأصل أن السلطة القضائية ليس لها أن تتداخل فى نشاط السلطة التشريعية والتنفيذية ، ولهذا فانه فى الحالات التى تتعرض فيها المحاكم لعمل تنفيذى أو تشريعى لا تمارس مهمتها هذه الا بمناسبة نزاع أو خصومة كما أن قاعدة نسبية الاحكام القضائية تجعل أثر هذه الأحكام فى تناولها للقرار الادارى أو القانون ليس له من أثر فى المجال السياسى أو بمعنى آخر فان أثره فى المجال السياسى محدود الى مدى بعيد[٣] ، والقضاء فى رقابته على السلطتين الآخرين يقف برقابته عند تلك الحدود التى يضعها النظام القضائى نفسه ، فالغاء القرار الادارى أو عدم تطبيق القانون يتم تنفيذا لقاعدة أخرى تحكم نظام الدولة الحديثة وهي قاعدة تدرج التشريعات بما تضمنه من علو للدستور والقانون ولهذا فانه لايمكن القول أن القضاء يتدخل فى عمل السلطتين الأخريين ، إلا إذا كانت السلطة القضائية تباشر

---

(١) سارتلمى ودوير :المطول فى القانون الدستورى – سنة ١٩٣٣ ص ١٤٢ .

(٢) د/ عبدالحميد متولى : القانون الدستورى والانظمة السياسية – ص ١٨٤ .

(٣) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق – ص ٢٣ .

فعلا اختصاصا من اختصاصات هاتين السلطتين كأن تصدر بداءة قرارا اداريا أو تسن قانونا أو حتى تضع قاعدة عامة مجردة فى صورة حكم مع أن بعض الكتاب يرون أن فى الحكم ببطلان القانون صورة من صور العمل ذى الطبيعة التشريعية لا يمكن انكارها(١).

ولقد انتهينا سابقا الى وجود نقص فى التشريع والاعتراف بهذا النقص يعنى فى حقيقته الاعتراف بوجود سلطة تقديرية للجهة التى تقوم بتطبيق التشريع فى أن تخلق قاعدة قانونية فردية تقوم عن طريقها لتطبيق القاعدة العامة(٢)، ومع وجود نقص فى التشريع فلا يوجد نقص بالنسبة للشخص الذى يطبق القانون والقاضى يقوم بتكميل النقص فى التشريع عن طريق القيام بمجهود عقلى والبحث العلمى الحر الذى يصل به الى الحل القانونى الواجب التطبيق على ضوء نفس الأفكار التى كان سينتهى اليها المشرع لو أنه تصدى بنفسه لمحل النزاع(٣).

ان تكملة النقص فى التشريع أو فى مصادر القانون الوضعى بصفة عامة لا تؤدى فى كل حالة على حدة الى الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات وتكملة النقص تتضمن خلقا عادلا لحل النزاع ولكنها لا تتضمن خلقا لقاعدة قانونية وبالتالى يمكن الاعتراف للقضاء بالحق فى تكملة التشريع دون أى مساس بالفصل بين السلطات(٤). ان نظرية الفصل بين السطات وهى وسيلة لتحقيق سيادة القانون ولكن لا يجب المبالغة فى

---

(١) كلسن : La garantie juridictionnel de la constitution R. D. P. p 192.

(٢) كلسن : النظرية الخالصة للقانون – ص ٣٣٤ .

(٣) جينى : طرق التفسير جـ٢ ص ٧٧ ، ٧٨ ، ومصادر القانون الخاص الوضعى جـ٢ – باريس سنة ١٩٥١ .

(٤) د/ سمير تناغو : المرجع السابق – ص ٤٩٤ .

تطبيق هذه النظرية بما يؤدى الى انكار العدل وهو اساس القانون ، ولذلك يجب تقييد مبدأ الفصل بين السلطات بما يقتضيه النقص فى التشريع من الاعتراف للسلطات القضائية بالحق في تكملة هذا النقص ولو أدى ذلك الى خلق قواعد قانونية جديدة عن طريق هذه السلطة غير المختصة أصلا بخلق القانون واذا كان القضاء لا يخلق القانون عندما يكمل النقص فى التشريع فحسب بل هو يخلقه أيضا وهو يستخدم سلطته التقديرية فى تطبيق القواعد المرنة وان كان من الجائز رد هذين الفرضين الى فرض واحد ، إذا إعتبرنا مرونة القاعدة نوعا من عدم التحديد أى نوعا من النقص فيها وهو نقص مقصود أريد به تحديد أكبر قدر من المرونة فى تطبيق القاعدة وأكثر من هذه أن القاضى وهو يفسر القواعد القانونية الجامدة يعمد الى تطويرها بما يتفق مع حاجات المجتمع الجديدة ، ويعد ذلك تعديلا للقاعدة تحت ستار تفسيرها ولذلك فهو لا يصرح بهذا التعديل تاركا مهمة اكتشاف ذلك الى الفقهاء وشراح القانون[١] .

ان القول بأن القضاء يباشرون أعمال الحكم الداخلى فى الدولة فيه خلط بين السلطتين التنفيذية والقضائية بل وفيه خلط كذلك بين السلطتين القضائية والتشريعية وهذا الخلط غير موجود ، فالحكم معناه التحرك فى التو واللحظة ولذلك فانه يكون من اللغو من الناحية السياسية المبالغة فى نتائج هذا المسلك القضائى[٢] واذا كان القضاء مصدر أصيلا من مصادر القانون إلا أن التشريع يلعب من الناحية الفصيلة دورا أوسع نطاقاً وأكبر

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق – ص ٤٩٧ .

(٢) رفيرو : القاضى الادارى الفرنسى – القاضى الفنى بحكم سنة ١٩٥١ ص ٢٤ .

من الدور الذى يلعبه القضاء فى خلق القواعد القانونية وذلك ببساطة أن العمل الأساسى للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه[١].

ويفهم الفقه الأمريكى مبدأ الفصل بين السلطات على أساس أنه وحده مبدأ سلبى وقائى لا تنتظم به حياة دستورية مالم يكمل هذا المبدأ بمبدأ آخر يزود كلا من السلطات الثلاث بالوسائل التى تصلها بالسلطات الأخرى وتمكنها فى الوقت نفسه من رد عدوان تلك السلطات عليها الا وهو مبدأ التوازن وتبادل المراقبة[٢]، ومن الغريب أن الفهم الامريكى لمبدأ الفصل بين السلطات هو الذى أدى الى نشوء الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة على حين كان هذا المبدأ نفسه هو من حجج الفقهاء الفرنسيين الرافضين للرقابة القضائية على دستورية القوانين فى فرنسا[٣]، فمبدأ الفصل بين السلطات وبصفة خاصة ما يعنيه من استقلال السلطة القضائية ينبغى أن يحول بينها وبين أن تتبع الهيئة التشريعية فى خروجها على نصوص الدستور كما أن قاعدة التوازن والمراقبة تقتضى أن يحول القضاة دون استبداد السلطة التشريعية ، وأن يردها الى حدودها الدستورية كلما همت بتجاوز هذه الحدود فمما لا شك فيه أن مظاهر فصل السلطات لدى المعارضين لرقابة دستورية القوانين الا تتدخل أى سلطة فى أعمال غيرها من السلطات ولا شك أن تناول القضاة لأعمال السلطة التشريعية بالفصل والرقابة وتعطيل تنفيذ تلك الأعمال أيا كانت الحجة فى هذا التعطيل يعد تدخلا فى أعمالها إلا أن ذلك التدخل

(١) د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص ٥٠٩ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ١٢٧ .

(٣) انظر دوجى : المطول جـ٣ ص ٦٦٠ ، وبيردو - القانون الدستورى سنة ١٩٧٦ ص ٢٣٠ . وريفيرو - الحريات العامة - سنة ١٩٧٣ - ص ١١٠ .

يجد أساسه فى أن الرقابة على دستورية القوانين هو مجرد ممارسة طبيعية للوظيفة القضائية فى فض المنازعات وما يتطلبه ذلك من تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ومن هذا الفهم لا تكون للرقابة أى تعارض مع مبدأ فصل السلطات ، بل انها تكون مظهرا من مظاهر الرقابة المتبادلة التى تكمل مبدأ الفصل بين السلطات واذا قضت المحكمة بالامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور فان عملها يكون خاليا من شبهة التدخل فى المجال التشريعى فمبدأ الفصل بين السلطات اذن يمنع القاضى الدستورى من التدخل فى المجال الأساسى المحجوز للمشرع وهو نطاق الملاءمة فى القانون.

والعرض السابق يحدد بدرجة كبيرة العلاقة بين سلطة القاضى الدستورى فى الكشف عن الانحراف التشريعى ومبدأ الفصل بين السلطات ففضلا عما وضح مما سبق أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين لا تأثير لها على مبدأ الفصل بين السلطات لأن مفهوم هذا الفصل يتعلق بمباشرة السلطات لوظائفها دون تدخل مبدأ من سلطة على أخرى ، فى حين أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين هى تطبيق لمبدأ آخر هو سيادة الدستور أو تدرج التشريعات فى الدولة وعلى هذا فان بحث القاضى الدستورى عن الانحراف التشريعى بوصف الأخير احدى العيوب التى تعتور التشريع ويكون القاضى ملزما بالبحث عن هذا البحث ليس له ثمة تأثير على مبدأ الفصل بين السلطات شأنه فى ذلك شأن البحث عن عيوب المحل أو الاختصاص في القانون ولكن مثار النقاش هو ذلك المفهوم الخاطئ الذى ساد عن تكيف البحث عن الانحراف التشريعى وأن مقتضى هذا البحث يجعل من القاضى مهيمنا على المشرع فى تحديد غايات

تشريعية ومن ثم يعتبر هذا البحث بمثابة فرض لتصورات القضاة عن غايات القانون يسيطرون به على المجال المحجوز للسلطة التشريعية وهو ما يهدد مبدأ الفصل بين السطات . وهذا الفهم يتضح مدى ما فيه من مبالغة من ناحيتين الأولى أننا ابرزنا أن القاضى الدستورى يملك تماما فرض تصوراته ومبادئه العليا على التشريع عند فحص دستوريته فهو بدون أن يستعمل سلطته في البحث عن الانحراف التشريعي يملك هيمنة كبيرة على النص الدستورى وتفسيره وبقدر ما يستطيع القاضى الجنائى أو الادارى أو المدنى استعمال سلطته في التفسير وتطبيق النص التشريعي ليفرض في بعض الأحيان مفاهيمه هو عن النص فان القاضى الدستورى يفعل ذلك وفى جميع هذه الحالات ليس هناك من اعتداء أو اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات لأنه ليس هناك ثمة تدخل فى عمل السلطات الأخرى فضلا عن أن العمل التشريعي والقضائى والتنفيذى لكل خصائصه التى تحتفظ بذاتها عند مباشرة كل سلطة من هذه السلطات لمجال عملها ، والناحية الثانية أن الفهم الصحيح لعمل القاضى عند بحثه عن الانحراف التشريعي يقضى على كل شك حول أثر البحث عن الانحراف التشريعي على مبدأ الفصل بين السلطات فالقاضى عند بحثه عن الانحراف التشريعي لا يفعل أكثر من الالتزام الحرفى بنطاق وظيفته القضائية فى البحث عن النية الحقيقية للمشرع لا ليطبقها ولكن ليحاكمها ويقارنها بالنية المفترضة لكل عمل تقوم به احدى السلطات فى الدولة وهو الصالح العام ، فالقاضي يبحث عن نية المشرع المفترضة أو الحقيقية عند غموض النص أو قصوره ولكنه فى حالة الانحراف التشريعي يبحث عنها حتى فى حالات وضوح النص كما أنه فى

هذه الحالة الأخيرة لا يستتر وراء نية مفترضة أو مجازية للمشرع بل هو يستخلص نية حقيقة حاول المشرع سترها واخفائها لأنها تجعل التشريع غير دستورى فالبحث عن الانحراف التشريعى لا يتعرض من بعيد أو قريب لفرض غاية محددة على المشرع فتخصيص الأهداف كما سبق أوضحنا أمر يدخل فى سلطة المشرع فقط ومن شأنه أن يجعل سلطة المشرع مقيدة بهذا الهدف المخصص فاذا خرج عنه المشرع كان تشريعه معيبا فى سببه أو محله وليس مبينا بالانحراف من هنا كان الكشف عن الانحراف لا علاقة له اطلاقا بمبدأ الفصل بين السلطات وليس من شأنه فرض غاية محددة على محل السلطة التشريعية .

المبحث الثانى

الإنحراف التشريعى وحدود ضوابط

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

أشرنا فيما سبق الى الفكرة العامة عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين وأوضحنا أن هناك عديدا من الانتقادات الموجهة اليها والتى دعت بعض الفقهاء الى البحث عن حدود وضوابط للرقابة القضائية على دستورية القوانين . فما هى هذه الحدود والضوابط وهل من بينها عدم جوازالبحث عن الانحراف التشريعى؟ ان هذه الحدود والضوابط قد تكون ذاتية أى يفرضها القضاء من تلقاء أنفسهم أو تكون قواعد عامة يرى الفقهاء أن القضاء ملزم بها .

أما الحدود العامة للرقابة فهى :

أولا : الرقابة داخل اطار الدستور لا خارجه :

يثير ذلك الحد من حدود الرقابة مشكلة المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور ومن الفقهاء من يذهب الى عدم جواز بحث القاضى لتعارض نصوص القانون مع المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور ، والا خرج عن نطاق عمله القانونى الى المجال السياسى ، وأن تجربة الولايات المتحدة فى الرقابة على دستورية القوانين أبرزت أن المحكمة حين سعت لتطبيق المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور فانها تجاوزت دورها القانونى وأصبحت ذات دور سياسى رأن توسع القضاء فى تفسير شرط الاجراء الواجب قانونا نتيجة أستلهامهم مبادئ القانون الطبيعى كما أن فكرتهم عن هذه المبادئ

من أن الدستور من المفروض الا يقرر سوى قواعد واجراءات مطابقة للقانون الطبيعي وما يفعله القاضي في الحقيقة هو أنه يحمل المشرع على احترام ما وراء تلك الاجراءات المقررة في الدستور(١)، وأنه حين يعمد رجال القضاء الى استجلاء روح الدستور أو تلك المبادئ الدستورية العليا حين يدخلون ذلك الميدان انما يفتحون أمامهم باب التقديرات الشخصية للنزاعات السياسية ، وان ينتهي الأمر الى إحلال الرأي السياسي للقاضي مكان الرأي السياسي للمشرع أي أن الأمر سينتهي حتما الى اعتداء من جانب السلطة القضائية على السلطة التشريعية أي الى انتهاك لمبدأ سيادة الأمة ومبدأ فصل السلطات معا(٢)، ولذلك نجد من الفقهاء من يفرق بين روح الدستور والمبادئ العليا غير المدونة به ، على أساس أن روح الدستور هي الرابطة العامة التي تجمع بين نصوص الدستور جميعا وتجعل منها وحدة متناسقة لا تعارض بين أجزائها ، وللقاضي أن يستخلص المبادئ العامة للدستور أو روح الدستور بفهم نصوص الدستور جميعها كوحدة مرتبطة لا كنصوص مجزأة ولا شك أنه سيجد روحا عامة تجمع بين نصوص الدستور والا لعد الدستور غير مترابط ومن خلال فهم هذه الروح يتيسر للقاضي مهمة فهم الدستور الغامض ، والقاضي حين يقوم بذلك ، يقوم بوظيفته العادية في تفسير النصوص أما المبادئ العليا فهي غير موجودة بالدستور

---

(١) د/ الباز : المرجع السابق - ص ٥٨٤ ، وانظر في الانتقادات الموجهة للرقابة الأمريكية جالك لامبير - التاريخ الدستوري للاتحاد الامريكي سنة ١٩٣٧ جـ٤ ص ٢٦٦ ، وبيردو - المطول جـ٤ ص ٤٥١ ، وادوارد لامبير - حكومة القضاة سنة ١٩٢١ ص ١١١ ، وجاك لامبير - اصول الرقابة على دستورية القوانين - عن طريق المحكمة العليا في الولايات المتحدة سنة ١٩٣١ .

(٢) د/ عبدالحميد متولي : الوسيط ص ٦٧٢ ، ص ٦٧٣ .

وانما تكون موجودة خارجه وفى استعانة القاضى بها خروج عن طبيعة وظيفته[١] .

رأينا الخاص :

لقد سبق وأوضحنا أن المبادئ العامة الدستورية أو المبادئ العليا للدستور أو روح الدستور ان هى الا مترادفات وأن القاضى يستعين بها فى تفسير النصوص الدستورية الغامضة وفى تأويل هذه النصوص ، كذلك يستعين بها فى حالات قصور النصوص الدستورية وهو فى استعانته بها لا يخرج عن حقيقة وظيفته القضائية ، وقد أشرنا قبل ذلك الى مدى سلطان القاضى المدنى والادارى فى هذا الخصوص ، واذا كان القاضى يتمتع فى استلهامه لهذه المبادئ بسلطة كبيرة فان تفسيره لنصوص الدستور ذلك التفسير المتأثر بهذه المبادئ هو التفسير صاحب الغلبة على تفسير المشرع لنصوص الدستور ولهذا كان قول أحد قضاة المحكمة العليا فى الولايات المتحدة أننا جميعا نخضع للدستور ولكن الدستور هو ما نقوله نحن هو قول لا يتجاوز الواقع بل أصدق تعبير عنه .

ولذلك نرى أن وجوب أن تكون الرقابة داخل اطار الدستور لا خارجه لها معنى واحد هو ألا يعمل القاضى الدستورى الى تجاهل نص دستورى واضح بدعوى تعارضه مع نص أعلى يكمن فى القانون الطبيعى مثلا لأنه ببساطة لا يملك الحكم على الدستور ذاته وان كان هذا الفرض لا يقع عملا فالقاضى حين يرد أن يخرج عن نص دستورى يقوم بتأويله وتطويعه لتفسيره المستمد من فكرته عن القانون الطبيعى أو قواعد العدالة ولهذا كان هذا

---

(١) د/ الباز : المرجع السابق - ص ٥٩٠ .

القيد أقرب الى الشكلية ، وخروج القاضى على نصوص الدستور تحت ستار تفسيره يجد سنده فى أن القاضى يعتقد أن الدستور قد أوكل اليه مهمة تفسير ما يشوب النصوص الدستورية من غموض أو قصور ، ومن هنا لا نستطيع وضع قيود وضوابط على سلطته هذه فى التفسير والتطبيق الا بقدر ما يمكننا ان نضع قيودا على سلطة القاضى الادارى أو المدنى وتلاحظ هنا وبصدد هذا الضابط أن الدراسة القانونية فى مصر وفرنسا لا تزال تعيش فى مجموعها على التراث الفكرى لفلاسفة وفقهاء القرن التاسع عشر ولا تزال للمذاهب الشكلية السيادة الفعلية على الفكر القانونى فى البلدين غير أن الجانب الإنسانى من عمل القضاء لا يمكن أن يكون عملية قانونية شكلية كما قد تتوهم بعض النظريات القديمة ، وانما هو على التحديد قصد التوفيق بين مجموعة من القيم والمصالح التى تطالب بالرعاية وسيادة المذاهب الشكلية مسئول الى حد بعيد عن التحفظ الشديد فى التسليم بالدور الإنشائى الذى يمارسه القاضى حينما يتعرض لتطبيق النصوص التشريعية الا أنه لم يعد هناك شك الآن ان للقاضى دورا ايجابيا فى تحديد القاعدة القانونية وفى انشائها حتى فى الأحوال التى يواجه فيها نصا تشريعيا واضحا وعليه فان مجال التقييد على القاضى فى هذا الخصوص لن يكون سوى تقييد ذاتى يفرضه القضاة على أنفسهم لأن سلطة القاضى هى السلطة الوحيدة فى الدولة التى يحدها قانونا سلطة أخرى[(١)] ، لذا كان التحدث عن وجوب التقيد باطار الدستور لا خارجه قيدا لا يجد له صدى عمليا .

---

(١) د/ أحمد كمال الوالمجد : الدور الانشائى للقضاء الادارى بين المذاهب الشكلية والموضوعية – مجلة القانون والاقتصاد ص ٦٩ .

ثانيا : الحد الثانى :

أن الرقابة الدستورية هى رقابة مشروعية وليست رقابة ملاءمة وهو الحد من حدود الرقابة من نتاج مبدأ الفصل بين السلطات . وعليه وجب التعرف على عناصر الملاءمة التى لا يجوز للقاضى أن يستظهرها فى القانون المطعون فيه ، وهذه العناصر تدور حول ثلاثة أسس :

١- أن المحكمة لايجوز أن تناقش ضرورة التشريع أو عدم ضرورته.

٢- أنها لا تراقب ملاءمته ولا حكمته .

٣- أنها لا يجب أن تبحث عن البواعث الحقيقية عليه[(١)] .

ولارتباط الأساسين الأول والثانى نعرض لهما معا .

١- البحث فى ضرورة التشريع أو عدم ضرورته :

يرجع أساس هذه القاعدة الى انعدام كل صلة بين الحاجة الى التشريع أو عدم الحاجة اليه وبين فحص مدى مطابقته للدستور وتقدير ضرورة التشريع أو عدم ضرورة ، يرتبط بالسلطة التقديرية المتروكة للمشرع فى خصوص التدخل أو عدم التدخل فى اصدار القانون ويتجنب الحكم على ضرورة التشريع أو عدم ضرورته انما لتجنب الحكم فى ذات الوقت على مدى ملاءمة التشريع أو مدى صلاحيته الاجتماعية والسياسية فالملاءمة هى أخص مظاهر السلطة التقديرية للهيئة التشريعية وهى الوظيفة الرئيسية لتلك الهيئة واشتراك القضاء فى تقديرها يعد تدخلا فى عمل تلك الهيئة

---

(١) انظر فى هذه الضوابط د/ أحمد كمال ابوالمجد - الرقابة على دستورية القوانين - المرجع السابق - ص ٤٦٠ .

وخروجا على مبدأالفصل بين السلطات ، واطردت أحكام المحكمة العليا الأمريكية على أن تقدير مدى الحاجة الي تشريع وتقدير ضرورته يدخل فى اختصاص الهيئة التشريعية وحدها باعتباره عنصرا من عناصر السياسة التشريعية التى تمتنع على المحاكم التدخل فيها[١]، وعلى ذلك لا يدخل فى مفهوم الرقابة على دستورية القوانين أن يقدر القاضى الاعتبارات السياسية التى دفعت السلطة التشريعية الى وضع تشريع معين ذلك أنه لو امتدت الرقابة إلى هذه المنطقة لصارت الرقابة مصادرة للمشرع فى تقديره وحرمانا له من وظيفته الدستورية التى يمارسها داخل حدود الدستور ، فأساس الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن يخضع المشرع والقاضى معا للدستور[٢].

٢- عدم الخوض فى بواعث التشريع :

وأساس هذه القاعدة أن البواعث التشريعية أو الدوافع الذاتية التى قد تؤثر على بعض أعضاء الهيئة التشريعية من الصعب التدليل عليها وأن هذه المحاولة تنطوى على تدخل فى عمل الهيئة التشريعية وأخيرا فان هذه الدوافع قلما تستولى على الهيئة التشريعية كلها أو على جانب كبير بحيث يمكن القول أن التشريع قد صدر عن باعث غير شريف أو غير مشروع سبط على الهيئة التى أصدرته[٣].

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٥٦١ .

(٢) د/ الباز : المرجع السابق - ص ٦٠٩ ، د/ عصفور - مذاهب المحكمة الادارية العليا - سنة ١٩٥٧ ص ١٣٩ .

(٣) د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٦٤ .

رأينا الخاص فى الحد الثانى من حدود الرقابة :

لا ريب فى أن عدم تطرق القاضى الدستورى الى نطاق الملاءمة فى القانون هو الحد الصحيح للرقابة على دستورية القوانين ذلك أن رقابة الملاءمة تجعل القاضى يحل محل المشرع فى مجال متروك لسلطة المشرع التقديرية ويخضع فى مباشرته لهذه السلطة لرقابة سياسية تتمثل فى جموع الناخبين كما أن اضطلاعه بهذه السلطة التقديرية مناطها ما يقابلها من المسئولية السياسية أمام السلطة التنفيذية فاذا حل القاضى الدستورى محل المشرع فى هذه المنطقة ومع الأخذ فى الاعتبار أن القضاء لا يمكن مساءلته سياسيا أو يخضع لرقابة من أى نوع ، فاننا نجد أن الاعتراف للقاضى بالتدخل فى مجال الملاءمة يعنى السيادة المطلقة للقضاء على السلطة التشريعية دون وجود رادع لها ، ولهذا نجد أن المحاكم الدستورية تمتنع دائما عن التدخل فى هذا النطاق(١) ، والذى يعنينا فى هذا النطاق ان نبرز أن امتناع القاضى الدستورى عن رقابة الوقائع المبررة لاصدار القانون هو الذى يغل يد القضاء عن التدخل فى أخصب مناطق الملاءمة فى القانون ، أما عن قاعدة عدم جواز الخوض فى بواعث التشريع فهى مشكلة تتعلق بركن الغاية فى القانون .

وكما سبق وأوضحنا هناك فارق كبير بين البحث فى الملائمة والبحث فى مشروعية الغاية من القانون فالبحث فى الملائمة هو بحث فى نطاق محرم على القاضى الدستورى التطرق اليه لأنه منطقة تقدير مطلقة للمشرع أما ركن الغاية فهو ليس بالركن التقديرى للمشرع بل هو ملزم فيه بأن

(١) انظر مذهب المحكمة الدستورية فى ايطاليا فى هذا الخصوص ، مقال كاروزدوفيلى – سالف البيان – فى مجلة القانون العام – ص ١٢٥ .

تتوجه غايته نحو الصالح العام والواقع أنه قد يحدث خلط بين البواعث والغايات فى خصوص هذا الحد من حدود الرقابة القضائية على دستورية القوانين ذلك أن ركن الغاية فى القانون يماثل تماما ركن السبب فى الالتزام فى النطاق المدنى وعلى هذا لا يصح أن تكون البواعث غير الصحيحة أو التى تستهدف تحقيق أغراض غير مشروعة بالقانون متروكه دون فحص من جانب القاضى الدستورى وقد سبق أوضحنا الأساس الفنى لهذا القول حين ابرزنا ان هذه البواعث أو الغايات تنطبع على التشريع وتطبعه بطابعها فيغدو التشريع بعد استجلاء هذه الغايات مخالفا للدستور وما ذلك إلا للتأثير الكبير لعامل النية أو الغرض فى الأعمال الارادية ومنها التشريع، فلا يمكن أن ابطل التزاما أو عقدا لوجود غرض غير مشروع وتسمح بصدور قانون يحقق أغراضا ينهى عنها الدستور ومن هنا كان واجبا أن نفحص غاية مصدر القانون وان ننحى جانبا مسألة صعوبة اثبات هذه الغاية فهذه الصعوبة لم تقف حائلا دون أن تفحص غاية المشرع فى حالة غموض النص فكيف يمكن أن نحتج بها فى حالة كشف القاضى لغرض المشرع الحقيقى؟ فاذا وضح لنا الفارق الكبير بين البحث عن الملاءمة فى القانون وهى التى تقوم فى حالة بحث القاضى عن التناسب بين محل القانون وسبب أو محله وغايته . وبينى البحث عن الانحراف التشريعى بوصفه سبيلا لكشف حقيقة غاية المشرع نستطيع أن ننتهى الى ان البحث عن صحة غاية المشرع هى واجب تمليه طبيعة عمل القاضى الدستورى من ناحية والحفاظ على الدستور من الانتهاك المستتر من ناحية أخرى .

والحدود الذاتية للرقابة وهى تلك الحدود التى تقيد بها المحكمة الدستورية نفسها عند البحث فى دستورية القوانين وهى تختلف من محكمة

إلى أخرى تبعا لاختلاف الواقع العملى الموجود لدى كل محكمة ومن تلك الحدود فى الولايات المتحدة قرينة الدستورية لمصلحة القوانين ومقتضاها أن القاضى لا يحكم بعدم دستورية قانون إلا إذا كان التعارض بين القانون والدستور تعارضا واضحا وصريحا .

كما أن المحكمة لا تقضى بعدم الدستورية إلا إذا كان ذلك واضحا وقطعيا بحيث لا يبقى مجال معقول لاحتمال دستورية القوانين . ولكن الواقع العملى يجعل لهذه القاعدة قيمة شكلية ذلك أن الأحكام تصدر بغالبية خمسة أصوات مقابل أربعة ، فكيف يمكن القول بوجوب أن يكون التعارض واضحا وقاطعا بين القانون والدستور فى حين أن صوتا واحد قد يرجح كفة عدم دستوريته ومن هذه الحدود أيضا أنه اذا امكن تفسير القانون على أكثر من وجه وكان أحد هذه الوجوه يجعله متفقا مع الدستور فان على المحكمة أن تلتزم هذا التفسير ما دامت عبارة القانون تحتمله وقد قررت المحكمة العليا الأمريكية أن هذه القرينة لاتقوم اطلاقا لصالح التشريعات التى تسعى الى تنظيم مجال يمنع الدستور التدخل فيه أصلا فمثلا حرية التعاقد هى الأصل وتقييدها هو الاستثناء .

ومن ثم تكون أى محاولة من المشرع للتدخل فى حرية التعاقد أو تقييدها يكون الأصل فيها عدم دستوريتها حتى يثبت العكس وكذلك التجأت المحكمة الى نفس القاعدة متخذة منها وسيلة لحماية حرية الرأى وحرية العقيدة حيث ذهبت المحكمة الى أن هاتين الحريتين تحتلان مكانا ممتازا بين الحريات الفردية ولذا فان التدخل من قبل المشرع فى تقييدهما يقيم قرينة عكسية مؤداها عدم دستورية كل تشريع يتعرض لهما أو ينال منهما ، كما أن المحكمة العليا الأمريكية تستبعد المسائل السياسية من

نطاق الرقابة على دستورية القوانين وهى المسائل المتعلقة بالعلاقات الخارجية والمسائل المتعلقة بالنظام السياسى الداخلى ويرجع عدم بسط المحكمة لرقابتها على هذه المسائل الى حاجة هذه المسائل السياسية الى حلول موحدة وسريعة لا تفلح فى تحقيقها الوسائل القضائية وحاجاتها الى موازين خاصة أو الى معلومات وعناصر تقدير مختلفة لا تتاح للقضاء[١] .

وفى مصر نجد أن المحكمة العليا قد اطرد قضاؤها على أن ولايتها لا تمتد الى مناقشة ملاءمة التشريع أو البواعث التى حملت السلطة التشريعية على اقراره كما اطرد قضاؤها على عدم اختصاصها بالنظر فى المسائل السياسية كاجراءات اصدار الدساتير وما انطوت عليه بعضها من اغفال تحديد مدة رئاسة الجمهورية[٢] . والمتأمل لمذهب المحكمة العليا ، يجد أنها لا تختص بما تنطوى عليه الدساتير أو إجراءات اصدارها على أساس أن هذه الاجراءات وما تحويه الدساتير هو مما يخرج عن نطاق رقابتها على دستورية القوانين الى نطاق ما فوق الدستور أو تقييم الدستور نفسه وهو ما لا تملكه .

ومن هذا العرض يظهر بجلاء أن الرقابة على الانحراف التشريعى ليست من الناحية النظرية ضمن حدود وضوابط الرقابة التى لا يجوز للقاضى التطرق اليها بل هى أحد الحدود الواجب التطرق اليها لخطورة

---

(١) انظر د/ أحمد كمال ابوالمجد : المرجع السابق - ص ٤٥٨ وما بعدها . وانظر اندريه وسوزان تانك - النظام الدستورى للولايات المتحدة سنة ١٩٥٤ جـ٥ ص ٢٨٤ .

(٢) المحكمة العليا فى الدعوى ١١ لسنة ١ - جلسة ١٩٧٢/٤/١ وجلسة ١٩٧٦/٧/٣ . الدعوى ٥ لسنة ٥ عليا . وانظر المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٨١ ص ١٩٥ . وانظر المحكمة العليا جلسة ٥ ابريل سنة ١٩٧٥ - الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ ق وجلسة ١٩٧٨/٤/١ - الدعوى ١١ لسنة ٧ ق عليا .

انطباع الغاية الحقيقية للتشريع على محل التشريع نفسه بل وعلى ركن الاختصاص .

فكما عرضنا سابقا قد يظهر الكشف عن الغاية الحقيقية للتشريع عدم اختصاص البرلمان باصدار هذا التشريع وعليه لا يمكن النظر الى الرقابة على الانحراف التشريعى بوصفها رقابة دستورية - وليست رقابة ملائمة - كما ساد زمنا فى الفقه والقضاء - وعلى أنها من الحدود التى لا يجوز للقاضى التطرق اليها بل يجب أن تكون من الحدود والضوابط التى يجب على القاضى أن يتطرق الى بحثها ويكون بحثه فيها هو بحث قضائى عن مدى توافر أحد أركان القانون وهو ركن الغاية ومن خلال التفرقة الدقيقة بين نطاق الملائمة ونطاق البحث عن الانحراف التشريعى نستطيع أن ننهى الى أن الحد الأساسى للرقابة القضائية على دستورية هو الرقابة على الملائمة فى القوانين ونظرا لاختلاف رقابة الملائمة عن رقابة الانحراف لأن الاخيرة هى رقابة دستورية (مشروعية) فان البحث عن الانحراف التشريعى هو أمر ضرورى لاتمام جانب هام من جوانب تأكيد مبدأ دستوية القوانين وهو الرقابة الفعالة على السلطة التقديرية للمشرع تلك السلطة التى لا يحدها سوى انحرافه بالتشريع .

المبحث الثالث

الإنحراف التشريعى وطبيعة

الرقابة القضائية على دستورية القوانين

لقد كان الجدل حول حقيقة الرقابة القضائية على دستورية القوانين يحمل معنيين أولهما محاولة تحليل موضوعى لطبيعة هذه الرقابة والآخر اسهام للرقابة القضائية لأنها تخرج القاضى عن النطاق المباح له قانونا وتدخله فى مجال آخر لا يجوز له أن يتطرق اليه .

أولا : الرقابة القضائية هى رقابة قضائية وسياسية :

ذهب صاحب هذا الرأى[1] الى أنه من الخطأ التمييز داخل الرقابة على دستورية القوانين بين نوعين من الرقابة احداهما سياسية والأخرى قضائية . فى الحقيقة ان الرقابة على دستورية القوانين هى رقابة دائما قضائية وسياسية فى آن واحد . فأساس عملية الرقابة قرار قضائى ويجب أن يترجم ذلك فى تشكيل جهاز الرقابة والحالة القانونية للأعضاء . غير أن نتيجة هذه الرقابة هى وحدها سياسية فالرقابة على دستورية القوانين لا يمكن أن تكون رقابة قانونية خالصة وانما هى قانونية وسياسية فى نفس الوقت لسبب بسيط هو أن مادة الرقابة نفسها سياسية بطبيعتها لأنها تنصب على عمل السياسة التنظيمى لشئون الدولة العامة وهم المشرعون ولذلك قيل بحق أن كل قرار قضائى وكل تفسير للنصوص التشريعية ليعطى القاضى الدستورى الفرصة للتدخل فى الحياة السياسية القومية وأن

---

(١) د/ محمد عصفور : هو صاحب هذا الرأى وأبرزه فى مؤلفات عديدة له لمذاهب المحكمة العليا وسيادة القانون .

الرقابة سواء تمت بطريقة سياسية أو قضائية حسب تشكيل الهيئة التى تقوم بها ، ومهما كان تشكيل جهاز الرقابة فانه يدعى الى فحص شرعية قاعدة قانونية فى علاقتها بقاعدة أسمى وهو ما يعنى القيام بعملية قضائية أساساً ، ولذلك فلا يجب عن الحديث عن الرقابة على الدستورية أن نغفل طبيعة الرقابة السياسية حتى ولو كانت تتم عن طريق جهاز قضائى ، وان تشكيل المحاكم العليا فى مختلف البلدان ان هو الا تشكيل تغلب عليه الاعتبارات السياسية[١] ، وينتهى هذا الرأى الى أنه من الخرافة التسليم بفصل جامد بين السلطات . وأنه من المستحيل مع تعقد الظاهرة الاجتماعية أن يعهد الى كل فرع من فروع الحكم يخرز قدرا من سلطة الدولة بأنه يعمل فى نطاق مرسوم ومحدد تحديدا صادقا ومطلقا وانما تتكون الحياة السياسية من أمور متداخلة ولذلك فان كل قرار قضائى وكل تفسير للنصوص التشريعية مع ما يعطيه للقاضى من فرصة للتدخل فى الحياة السياسية إلا أنه لا يستطيع قاضى يشعر بمسئولياته أن يمتنع عن قبول هذا التدخل ومع ذلك فان الحكم على سلامة تصرف القاضى فى هذا الصدد يتوقف على درجة التدخل فى الحياة السياسية والأمر الهام بل والمعيار الصحيح فى هذا الشأن ألا يكون للسياسة اليد العليا والأولوية على القانون وانه لايجوز للقاضى وهو يدخل فى مجال السياسة الا ينسى أن وظيفته الأساسية هى أن يقول حكم القانون بطريقة موضوعية مع بقائه بعيدا عن الاحزاب والحزبية[٢] .

---

(١) د/ محمد عصفور : مجلة المحاماة – العدد الثانى سنة ١٩٧١ ، المشكلات التى تثيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين ص ١٧ ، ص ٢٨ .

(٢) د/ محمد عصفور : المقال سالف البيان ص ١٢ .

ثانيا :

هى رقابة تدخل القاضى الى النطاق السياسى وهو رأى أبرزه صاحبه[(١)] فى نطاق تحليلى لاتجاهات المحكمة العليا الأمريكية وتأثيرها على صنع السياسة فى الولايات المتحدة ، ويذهب الى أن الرقابة القضائية وان كانت سليمة من حيث أسسها النظرية والمنطقية التى تستند اليها الا أن التطبيق العملى لهذه الفكرة يثبت استحالة تنفيذها على الوجه الصحيح بالوسائل المناسبة[(٢)].

ان القاضى وهو يفاضل بين نص الدستور والقانون وكل منهما يعبر عن فكرة سياسية يمكن أن يتأثر هو أيضا باعتبارات سياسية وهذا التأثر شئ محتم . فالقاضى يتعدى دور المقارنة بين النصوص الى البحث عن نوايا واضعى الدستور ونوايا المشرع ويوازن بينهما ويستخلص آثار القانون ويتخيل صداه ولتقدير ذلك كله يضع القاضى نفسه مكان واضعى الدستور وهو بذلك يتجاوز حدود الوظيفة القضائية ليصل الى الساحة السياسية فهو لا يحكم من حيث أنه قاض بل بحسب الحالة الفكرية للمشرع . فالقاضى يستبدل تفكير المشرع بتفكيره هو . فالدستور يتضمن توجيهات عامة موجهة للحكام فليست أحكام الدستور ماعدا القليل منها محلا للتطبيق الفورى ولكنها تبين بصفة عامة الخطوط الأساسية للحكم

---

(١) بيردو :المطول في علم السياسة ط٢ جـ٤ وقدجاءت ملاحظاته على نظام الرقابة فى الباب الثانى والقسم الأول منه تحت عنوان أساس الرقابة والقسم الثانى فى ميكانيزم الرقابة - ص ٧٩ تحت عنوان قيمة التجربة الامريكية (فى الرقابة الدستورية ص ٤٨١ حيث انتهى الى أن الرقابة تدخل القاضى بالضرورة فى المجال السياسى وانظر مؤلفه فى الحريات العامة سنة ١٩٦٦ - جـ٣ ص ٧١ تحت عنوان ضمانات الحريات الى ص ٧٤ وراجع اندرو وسوزان تانك - النظام الدستورى للولايات المتحدة الامريكية ج٥١ ط ١ لسنة ١٩٥٤ ص ١٩٦ .

(٢) بيردو : المطول سالف البيان جـ٤ ص ٢٧٢ .

فطبيعة الدستور تحول دون امكان صلاحيتها للرقابة القضائية[١]، وبالرغم من شدة تأثر هذا الرأى بنتائج التجربة الأمريكية فى الرقابة على دستورية القوانين بما يمكن القول معه بأن هذه الانتقادات موجهة الى نظام الرقابة القضائية فى الولايات المتحدة فقط ، ويؤيد هذا أيضا أن صاحب هذا الرأى قد أشاد بتجارب أخرى للرقابة القضائية على دستورية القوانين فى بلدان متعددة ، فذهب الى أن المحكمة الدستورية الألمانية تقيم عدالة دستورية وهى غير منحازة سياسيا وتمثل فعلا الحارسة للدستور[٢].

إلا أنه آثار عديدا من المسائل الفنية التى ترتبط بكيان فكرة الرقابة ذاتها مما يجعل من الضرورى تحديد طبيعة هذه الرقابة وهل هى رقابة قضائية فقط أم سياسية فقط أم تجمع بين الأمرين والبحث فى هذا الأمر لابد أن يتناول مفهوم هذا المجال السياسى أو النطاق السياسى أو الطابع السياسى الذى يجعل عمل القاضى سياسيا .

إن القضاء جزء من نظام الحكم وهو سلطة من سلطاته واذا كانت سلطة القضاء تتخصص فى حل المنازعات القانونية سواء بين الأفراد بعضهم وبعض أو بين الأفراد والسلطة العامة فان هذه المنازعات التى يحسمها القضاء هى منازعات تخضع للنظام القانونى الذى هو أحد وجوه السياسة ولا شبهة فى أن مهمة القضاء فى رعاية هذا النظام وتفسيره هى مهمة سياسية بالمعنى الواسع وهى مهمة يضطلع فيها القضاء بالنزول على أحكام القانون الذى يطبقه ويفسره ، ليس هذا فحسب بل ان القضاء

---

(١) بيردو : الحريات العامة - المرجع السابق - ص ٧٢٣ .

(٢) بيردو : مطولة سالف البيان ص ٤٠٥ . بالنسبة للتجربة الالمانية و٣٨١ بالنسبة للمحكمة العليا فى النمسا ويوغوسلافيا ص ٣٨٤ .

يضطلع بدور سياسى لا شبهة فيه حين يراقب قرارات الادارة والقوانين الصادرة من المشرع فرقابة القضاء الادارى ورقابة دستورية القوانين تمثلان اى حد كبير مساهمة من القضاء فى تشكيل الضمير العام السياسى فى الحدود الواسعة للنظام الدستورى نفسه ولذلك فانه اذا كان من المبالغة أن يقال أن القضاء منقطع الصلة بالسياسة بمعناها القانونى العام فانه لأكثر مبالغة أن يقال أن القضاء يضطلع بدور سياسى صرف عندما يفسر القوانين أو المسائل السياسية ذلك أن حقيقة ما يفعله القضاء حتى وان ترتبت على أحكامه آثار سياسية بعيدة المدى هو أنه لا يقوم بتنفيذ سياسة يستقل هو بوضعها بينما هو يطبق ما يعتقد أنه النظرية القانونية التى تستقيم مع أصول النظام القانونى الذى يرعاه[١]، وهذا القول يواجه المشكلة مواجهة صحيحة ، ذلك أن القاضى حين يتعرض أو يواجه مشكلة سياسية فانه يحيلها الى قضية قانونية ويواجهها ويقدم بحلها فى هذا الاطار القانونى البحت[٢] فلا أهمية اذن لطبيعة المسائل المعروضة على القاضى ما دام القاضى يطبق وسائله القانونية وقواعده القضائية على النزاع المعروض أمامه ويمكننا أن نوضح ذلك بأمثلة من القانون الجنائى والمدنى والادارى ، فكما أوضحنا سابقا أن نص المادة ١٧٤ من قانون العقوبات يعاقب من يحرض قلب نظام الحكم المقرر فى القطر المصرى أو على كراهيته أو الازدراء به ، كما تعاقب على تحبيذ أو ترويج المذاهب التى ترمى الى تغيير مبادئ الدستور الأساسية أو النظم السياسية الاجتماعية بالقوة أو بالارهاب وقد أشرنا فيما سبق الى الخلاف الذى دار فى المحاكم المصرية

---

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق – ص ٢٧١ .

(٢) انظر مقالة د/ مصطفى كمال وصفى : فى مجلة مجلس الدولة – عام ١٩٧٥ عن المشروعية ص ٨٠.

حول المقصود بنظام الحكومة المقرر فى القطر المصرى والبحث فى حقيقة المقصود بنظام الحكومة هو بحث يتناول مسألة سياسية كما أن تحديد ماهية المذاهب التى ترمى إلى تغيير مبادئ الدستور هو بحث ليس بالقطع بحثا جنائيا وكذلك معرفة النظم الأساسية للهيئة الاجتماعية ولكن القاضى الجنائى فى بحثه عن حقيقة المقصود بهذا النص انما يقوم ببحث يوجبه عليه عمله القضائى ليتسنى له توقيع العقوبة أو عدم توقيعها وعليه فان تناول القاضى لجانب سياسى فى اطار عمله لا يمكن أن يصبغ حكمه الصيغة السياسية ، كما أن تناول المحكمة الابتدائية المختصة للمخالفات التى شابت عملية الانتخاب وأدت الى عدم حصول أحد المرشحين على الأغلبية اللازمة لفوزه بعضوية مجلس الشعب ومخالفة رئيس مجلس الشعب للدستور عند طرحه للتصويت على المجالس تقرير اللجنة التشريعية عن هذه المخالفات .

مما انتهى بها للحكم على السيد رئيس مجلس الشعب والسيد وزير الداخلية بمبلغ عشرة آلاف جنيه كتعويض(١) . هذا البحث تناول مسائل ليست مدنية بطبيعتها أو حتى مسائل قانونية وانما هى مسائل أقرب أن تكون سياسية لأن الحكم تناول طريقة عمل اللجنة التشريعية وعرض رئيس المجلس لتقريرها وتناول اساسا موضوع الانتخابات وما حدث فيه من تجاوزات ولكن الحكم الصادر من المحكمة لم يكن حكما سياسيا لأنه التزم الأصول القانونية فى خصوص قواعد المسئولية فى القانون المدنى وطبقها

---

(١) انظر حكم محكمة جنوب القاهرة الابتدائية الدائرة السادسة فى الدعوى رقم ٤٢٧٥ لسنة ٧٣ جلسة ١٩٧٤/٦/١٩ ، وأيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم فى ١٩٧٦/٤/١٩ محكمة استئناف القاهرة الدائرة ١٧ الاستئناف ٣٩١٣ لسنة ٩١ ، ورفضت محكمة النقض الطعن فى هذا الحكم بجلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ فى الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٤٦ .

على موضوع الدعوى ، وكثيرا ما يتناول القضاء الادارى موضوعات سياسية بحتة وهذا أمر طبيعى نظرا لاتحاد صفة رجل الادارة ورجل السياسة فى كثير من الأحوال وتضاؤل قيمة نظرية أعمال السيادة أدت الى تناول القضاء الادارى الكثير من القرارات الادارية التى تتعلق بمسائل سياسية ولكن القاضى يعاملها ويتناولها فى اطار نظامه القانونى العادى ومن ذلك مثلا الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة المصرى بوقف تنفيذ قرار لجنة شئون الاحزاب السياسية بانكار الوجود القانونى لحزب الوفد الجديد وانتهت الى أن الحزب متى قام طبقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها فى القانون أصحى سيد نفسه لا سلطان عليه الا بالقانون وللجماهير التي اولته ثقتها والتفت من حوله وأقامت كيانه ذلك أن الحق في تشكيل الأحزاب السياسية أو العدول عنها يعد حقا من الحقوق الدستورية الغامة[1]، ومما لاشك فيه أن الحكم تناول موضوعا سياسيا بالدرجة الأولى إلا أنه بحثه كمسألة قانونية نابعة من نظامه القضائى أى أنه فى المثال الأخير طبق عليه القواعد العامة لرقابة القرارات الادارية ومن هنا ننتهى الى أنه لا يمكن اسباغ الصفة السياسية على حكم قضائى سواء كان هذا الحكم صادرا من قاضى مدنى أو ادارى أو دستورى، ما دام القاضى يطبق قواعده القضائية على المسألة المعروضة أمامه ولا يمكن الحكم على طبيعة الرقابة القضائية بآثارها لأنه فى جميع الأمثلة السابقة كانت للأحكام القضائية آثارها السياسية الجديدة تتفاوت قوة وضعفا ، وحتى اذا تطرق القاضى الادارى أو الدستورى الى جانب الملاءمة فانه لا يصبح أيضا قضاء سياسيا وانما يصبح أحد المؤثرات الهامة

(١) حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٩/ ١٠/١٩٨٣ الدعوى رقم ١٥ لسنة ٣٨ .

فى الحياة السياسية نظرا لضيق النطاق الذى يباشر من خلاله رقابته على أعمال السلطات العامة مقارنا بما تمتاز به أعمال السلطات العامة الأخرى من الاتساع والقدرة على المبادأة بالعمل أى القدرة على اصدار القرارات أو القوانين دون انتظار لقواعد محددة أو مقيدة مثل تلك التى تقيد عمل القضاء فى اتصاله بموضوع الدعوى وأخيرا فانه حتى تتضح صورة القضاء السياسى فان المثال على هذا القضاء كان موجودا فى النظام النازى حيث كان القضاء مكلفا بدور توجيه النظام القانونى نحو الأخذ بالأفكار النازية[١].

والقضاء يعد سياسيا فى الأنظمة الماركسية لأنه يخضع لمقتضيات السياسة العامة فى الدولة فليس له ثمة استقلال بالمعنى المعروف فى النظم الغربية فالنظام الماركسى نظام كلى أى أنه يسيطر على كل نواحى نشاط أو حياة الفرد فى المجتمع حيث لا يوجد شئ ويتعلق بالفرد وحرياته وحقوقه بل وحتى بضميره ومعتقداته يصح أن يقع بعيدا عن متناول سلطان الدولة التى تمثل المجتمع ، فالقانون فى النظم الماركسية هو أساسا سياسة لأنه دون مضمون طبقى ولذلك لينتهى الكتاب الماركسيون إلا أن دور المحاكم فى هذه الأنظمة تباشره كجزء من الأداه السياسية فى الارشاد فالمحاكم هى أدوات السياسة الحزب الشيوعى والحكومة والدستور ذاته ليس له معنى ووظيفة كتلك الموجود في الأنظمة الديمقراطية فهو لا يمثل سموا فى مراتب القواعد القانونية ولا يمثل معنى من معانى الاستقرار ولا يعبر عن برنامج مستقبل وانما هو سجل لما تم تحقيقه فعلا[٢].

(١) د/ محمد عصفور : المرجع السابق - استقلال السلطة القضائية ص ٢٩٥ .

(٢) د/ عبدالحميد متولى ، د/ سعد عصفور ، د/ محسن خليل - القانون الدستورى والنظم السياسية ص ٣٣ .

فلا يجوز أن توجد قواعد قانونية يؤدى تطبيقها فى لحظة ما الى نتائج تناقض الغاية الثورية[1]، ومن هنا يمكن وصف القضاء فى الدول الماركسية بأن له دورا سياسيا لا شبهة فيه وبهذا يتضح الفارق بين اضطلاع القضاء عامة بمهام سياسية وبين أن يتناول القضاء موضوعات سياسية بطبيعتها فالحالة الأخيرة لا يمكن أن تصم القضاء بأنه قضاء سياسى ، واذا كان القاضى الدستورى يباشر عمله فى اطار القواعد القانونية المقررة لهذا العمل ووفقا لضوابط يمليها عليه نظام بحثه القضائى فلا تثريب عليه ولا يمكن وصفه بالتدخل فى الحياة السياسية مهما كانت آثار الأحكام التى يصدرها أو طبيعة الموضوعات التى يبحثها وانما اذا خرج عن حدود وضوابط رقابته الى نطاق محرم عليه فهو تجاوز منه لسلطاته ولا يعد عملا سياسية بطبيعته ولهذا وكما سنرى فان عنصر الملاءمة فى القانون لا يجوز للقاضى أن يتناوله لأنه من اطلاقات المشرع وتدخله فى هذا المجال يؤدى إلى اعتداء على ما لسلطة أخرى هى السلطة التشريعية ، ولذلك كان عليه دائما أن يبتعد عن هذا المجال - مجال الملاءمة فى القانون - وقلما نجد أن القاضى يتطرق الى هذا المجال عامدا ، وعلى كل فانه يمكن القول أن الرقابة السياسية تفترق عن الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى أن الأولى يمكنها أن تبحث عناصر الملاءمة فى القانون فى حين أن هذا العنصر غير جائز بحثه كقاعدة عامة من قبل القاضى الدستورى .

---

(١) انظر د/ محمد عصفور : سيادة القانون - الصراع بين القانون والسلطة فى الشرق والغرب سنة ١٩٦٧ ص ١٤٤ ، انظر د/ صبحى عبده سعيد - السلطة فى المجتمع الاشتراكى سنة ١٩٨٠ ص ٤٥٢ ، وانظر الأسس الدستورية للتنظيمات السياسية فى الدول الاشتراكية ، رسالة : د/اسكندر جرجس غطاس - جامعة عين شمس - ص ٣٢٠ .

ومن هنا يتبين لنا أن مناهج بحث القاضى الدستورى بصفة عامة لا علاقة لها بالسياسة كنظام محرم عليه أن يتطرق اليها كقاض ومن مناهج بحثه أن يبحث عن الانحراف التشريعى فاذا وضعنا قاعدة عدم جواز تحديد القاضى الدستورى للغايات الخاصة التى للمشرع أن يتناولها فى تشريعه فاننا نبعد القاضى الدستورى عن تناول نطاق الغايات السياسية للمشرع فهو لا يفرض غاية معينة عليه بل هو فقط يتثبت من أن الغاية المعلنة من قبل المشرع هى الغاية الحقيقية وانه ليست هناك غايا خفية من شأنها أن تجعل التشريع باطلا فهو لا يتدخل اطلاقا فى سياسة المشرع أو طريقة عمله وبالتزام القاضى الدستورى لحدوده الذاتية والعامة لن تثور شبهة خروجه من نطاق عمله القضائى الى العمل السياسى ويكون الكشف عن الانحراف التشريعى مسألة فنية يستطيع بواسطتها القاضى الدستورى أن يتطرق الى العيوب الخفية التى تعتور التشريع دونما تدخل منه فى عمل المشرع .

خاتمة القسم الأول

بعد هذا العرض لأسس فكرة الانحراف التشريعى كما نتصورها وليس هذا التصور بمثابة ابتداع لأمر جديد يقدر ماهو ارجاع الأمور الى أصولها فى خصوص طبيعة عيب الانحراف عموما سواء فى مجال الحق أو السلطة الادارية أو السلطة التشريعية فهذه الطبيعة الذاتية للانحراف هو ما نميزه عن غيره من العيوب الموضوعية وهذه الطبيعة هى التى كفلت له أن يصبح دائما وابدا عيبا إحتياطيا لا يتم اللجوء اليه إلا فى حالة عدم وجود ثمة مطاعن علي التصرف القانونى ومن هنا كانت أهميته اذا أنه خط الدفاع الأخير للحفاظ على مبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة الدستور وبغير الانحراف التشريعى لن تكون حماية للمشروعية أو للدستورية قد تمت على نحو مؤكد وكما رأينا انه لا تثريب على القاضى الدستورى فى تطرقه الى البحث عن الانحراف التشريعى فهو مجال عمله الطبيعى كقاض يوازن بين الأدلة والأسانيد ويحاول الكشف عما حاول المشرع اخفاؤه من غايات غير مشروعة والانحراف التشريعى هو القيد الوحيد على سلطة المشرع التقديرية وهى سلطة واسعة جدا تفوق تلك التى للسلطة الادارية ، ومن هنا كانت أهمية أكثر فى مجال التشريع وبالاضافة الى هذا فان التطور الطويل للقضاء الادارى قد أثبت فكرة رقابة الوقائع أو رقابة السبب فى القرار الادارى وهذه الفكرة ادت إلى تدخل القاضى تدخلا كبيرا فى نطاق عمل صاحب القرار الإدارى حتى أصبح القاضى الادارى وكأنه الرئيس الأعلى للادارة . وإذا كان هذا التطور يمثل ابتداعا من قبل القضاء الادارى تقبله الفقه وسانده لاعتبارات متعلقة بالحد من سلطان الادارة فان الثمن الذى دفعته الادارة لهذا التطور كان على حساب سلطتها التقديرية .

وإذا كان هذا الابتداع مستساغا فى نطاق القانون الادارى لاعتبارات متعلقة بالحقوق والحريات العامة للأفراد والنظر الى الادارة بوصفها سلطة مقيدة لهذه الحقوق والحريات فان هذه النظرة تختلف فى نطاق علاقة القاضى الدستورى بالمشرع فالمشرع هو العامل الأساسى فى حماية الحقوق والحريات أو على الاقل هو الرادع الأساسى للسلطة التنفيذية من أن تتغول على هذه الحقوق والحريات وان كانت هناك أحوال كثيرة يصبح للبرلمان فيها عنصرا من عناصر الاستبداد إلا أن هذه الحالات أما أنها ناجمة عن وجود برلمان غير معبر عن ارادة الأمة أو برلمان يسيطر عليه حزب ذى أغلبية كبيرة وفى هذه الحالات تكون إرادة التغيير مفوضة بالرأى العام السائد فى الدولة وعلى كل فان الأمر يختلف فى هذا النطاق عن الأمر فى حالة تغول السلطة الادارية على الحقوق والحريات من هنا كان لا يمكن أن يحظى الحد من السلطة التقديرية للمشرع بتأييد مماثل للحد من السلطة التقديرية للادارة ومن هنا كانت رقابة السبب ممتنعة فى نطاق الرقابة القضائية على دستورية القوانين ولا يعنى هذا عدم امكان الأخذ بها ولكن يتطلب الأخذ بها وجود محكمة دستورية لها قدم ومكانة المحكمة العليا فى الولايات المتحدة ومجلس الدولة فى النظام الفرنسى .

وعلى هذا إذا نحينا الرقابة على السبب فى القانون أضحى المشرع ولا حدود سلطته التقديرية سوى فى الرقابة على الانحراف التشريعى وهى رقابة تضمن على الأقل ألا تكون هناك ثمة اعتبارات تتناقض واعتبارات الصالح العام المفترضة فى المشرع أى أنها رقابة الحد الأدنى لتحقيق الصالح العام ولا شك أنها فضلا عن عدم تدخلها فى طبيعة الصالح العامة التى يبتغيها المشرع فانها تضمن للقانون حدا أدنى لدستوريته .

وإذا كان الانحراف من الناحية النظرية عيبا ممكن الوقوع فيه فهل هو عيب يمكن الكشف عنه ، وهل في الكشف عنه تدخل خفي للقاضي الدستوري في توجيه أغراض المشرع ؟

إن الاجابة على هذا التساؤل لن تكون واضحة إلا باستعراض حالات للانحراف التشريعي وهو ما يتعلق بالجانب التطبيقي من الدراسة .

القسم الثانى

الإنحراف التشريعى وإمكانية الرقابة الدستورية عليه فى مصر

القسم الثانى

مقدمة القسم الثانى

لابد حتى تكتمل فكرة الانحراف التشريعى أن تظهر لها تطبيقات واقعية والا غدت نظرية لا قيمة لها من ناحية ومن ناحية أخرى لا يمكن التثبت من صحتها ، فوجود قوانين معيبة بالانحراف خير دليل على صحة هذه الفكرة .

إلا أن طبيعة الكشف عن الانحراف بوصفه عملا مستترا يوجب الغوص والبحث فى السطة التشريعية التى يمكن أن تصدر قوانينا معيبة بالانحراف ، والبحث يدور أساسا حول امكانية وجود الانحراف التشريعى فى تكوين السلطة التشريعية وفى دورها وعلاقتها بالمؤسسات الدستورية الأخرى . فالانحراف ليس عيبا مباشرا وواضحا للقاضى الدستورى كسائر العيوب الموضوعية الأخرى ، فهذه العيوب الأخيره يكفى لكشفها المقارنة بين النص القانونى والنص الدستورى الصريح أو روح الدستور لنستطيع أن نحكم على النص القانونى بالصحة أو بالبطلان لعدم دستوريته ، أما فى مجال الانحراف التشريعى فالبحث يدور حول النية الحقيقية والغرض الحقيقى من وراء اصدار هذا القانون ، أو ذاك ولما كان البحث لا يمكن أن يجبر المشرع عن الافصاح عن نيته وغرضه الحقيقى ، فهو - أى البحث - يتجه صوب الأدلة والقرائن على وجود هذه النية الغير مشروعة وهذه الأدلة والقرائن تتفاوت من المناقشات البرلمانية التى تسبق صدور القانون وحتى تصريحات زعيم حزب الأغلبية الذى قدم المشرع بقانون ووافق حزبه عليه فى البرلمان بوصف أن هذه التصريحات تبرز نية وغرض مقدم القانون ويمكن

من ثم الكشف عن النية والغرض الحقيقي من اصدار هذا القانون وهناك أدلة اثبات وقرائن كثيرة يمكن تقديمها للقاضي الدستوري ويملك هو الأخذ ببعضها وطرح البعض الآخر جانبا ، ومن خلال هذه القرائن والأدلة يكون عقيدته ومن هنا كان أساس البحث فى الانحراف التشريعي هو البحث في تكوين السلطة التشريعية من ناحية والعوامل المؤثرة فى ادائها لعملها من ناحية أخرى وهذا البحث ليس بحثا نظريا بل هو بحث يعين القاضى الدستورى عند بحثه عن الانحراف التشريعى ، فهو بمثابة الأساس أو الخلفية الدستورية عن دور المشرع فى الواقع السياسى ، فالبحث النظرى دون نزوله الى واقع علاقات القوى التى نظمها الدستور يعطى نتائج زائفة تماما . فاذا كان للدستور هيكل فان الحركة السياسية والواقعية هى ما يعطى لهذا الهيكل محتواه[1] .

والانحراف بوصفه عيبا ذاتيا ، ليست له تطبيقات متكررة فى ظل دستور واحد بل يختلف فى امكانية وجوده في ظل تفاعل القوى السياسية فى مراحل متعددة فى ظل نفس الدستور أى أنه يمكن أن تتوافر فرص ظهور الانحراف التشريعى فى حقبه معينة وتختفى هذه الفرص فى حقبة تالية لها وكلتاهما يحكمهما دستور واحد ، فالدساتير خاصة فى معظم البلاد النامية أو حديثة العهد بالاستقلال ، نجد أنها انتقت مبادئها من دساتير الدول ذات الديمقراطيات العريقة ، فالنصوص النظرية ليست هناك ثمة صعوبات في نقلها ولكن المعول الأساسي هو على مقدار تطبيق هذه النصوص نصا وروحا في آن واحد ، من هنا كانت سهولة كشف العيوب الموضوعية التى تعترى القانون بمجرد مقارنته بنص الدستور وفحواه دون

(١) طارق البشرى : الديمقراطية والناصرية - ١٩٧٥ - ص ١٤ .

حاجة الى الكشف عن حقيقة المقصود من هذا القانون ، فالانحراف عيب احتياطى بطبعه لصعوبة كشفه ، من هنا يمكن القول أن هناك مناخا تزداد فيه فرص وجود الانحراف التشريعى ومناخا آخر تقل فيه هذه الفرصة ومناخا تنعدم فيه فرص الانحراف ، فمثلا اذا كان الواقع السياسى يبرز أن السلطة التنفيذية هى صاحبة اداة الحكم الرئيسية ، سواء لغياب البرلمان أو لحصولها على تفويض مفتوح بذلك من البرلمان ، تصبح اداة الحكم الرئيسية هى القرارات بقوانين أو المراسيم بقوانين . واذا كانت هذه القرارات يمكن أن تعاب بالانحراف ، الا أنه انحراف بالسلطة فهى مازالت وفقا للغالب فى الفقه قرارات ادارية ، وقد يسكت الدستور عن تنظيم عرض هذه القرارات علي البرلمان ومدى قوتها فى حالة عدم عرضها فتظل هذه القرارات لها الحكم والسيادة ويصبح دور البرلمان ثانويا . كما أنه فى حالات تخلف الرقابة الدستورية على القوانين ، يصبح فى الامكان مخالفة الدستور صراحة ، فما الحاجة للمخالفة الضمنية المتمثلة فى الانحراف؟ وكذلك قد يتكون البرلمان من أحزاب كثيرة ذات قوة تمثيل معقولة وتكون الحكومة من ثم ائتلافية هنا تضعف فرص وجود الانحراف لأنه لا يسهل اجتماع رؤساء الأحزاب المؤتلفة على مخالفة الدستور ضمنا ، واذا اتفقوا على ذلك من الممكن أن تكون هناك معارضة قوية للقانون وكذلك تقل فرص وجود الانحراف التشريعى فى حالة وجود مجلسين تشريعيين مختلفين فى شروط الترشيح والانتخاب لهما ، لأنه يمكن أن تكون لأحد الأحزاب الغلبة فى أحد المجلسين دون الآخر بما يمكن أن يعطل صدر القانون .

ومن هنا كانت هذه الدراسة التطبيقية لابد وان تتعرض للسلطة التشريعية في ظل النظم الدستورية المختلفة التى مرت بالبلاد وان نبرز الى

أ ى مدى كانت هذه السلطة أداة الحكم الرئيسية وفى أى ظروف أصدرت قوانين معيبة بالانحراف ، فليس الهدف من الدراسة هو حصر حالات الانحراف التشريعى فى مختلف المراحل الدستورية التى مرت بالبلاد بل تهدف الدراسة هنا الى اظهار عوامل قيام الانحراف حتى يتسنى لنا أن نجد وسيلة لتقليل فرص ظهوره ، كما أن هذه الدراسة لابد أن تتناول حالات المخالفة الموضوعية للدستور ، لبيان الفارق بينها وبين عيب الانحراف ومن ثم كانت السلطة التشريعية والعوامل المؤثرة فى تكوينها ومباشرتها لنشاطها ، هى الخلفية الأساسية لأمكانية توضيح أسباب قلة أو تزايد حالات الانحراف . ولذلك ينقسم هذا القسم الى ثلاثة أبواب ، الباب الأول : الانحراف التشريعى ودستور ١٩٢٣ ، والباب الثانى : الانحراف التشريعى ودساتير الثورة ، والباب الثالث : الانحراف التشريعى ودستور ١٩٧١ .

الباب الأول

الإنحراف التشريعي ودستور ١٩٢٣

لا يعني الحديث عن دستور ١٩٢٣ ، أنه أول دستور عرفته البلاد فالمتتبع للحياة الدستورية والسياسية ، يجد أن مصر تعتبر من أقدم الدول التى عرفت النظام الدستورى بمعناه الحديث ، وان كان هذا النظام قد تطور أيضا بتطور الحياة السياسية فى مصر ، فدستور ١٩٢٣ لا يفضل الدساتير السابقة عليه بصفة قاطعة ، وأن كان فى حد ذاته ناظما متكاملا لامكانية قيام حياة نيابية سليمة ، فقبل هذا الدستور هناك مثلا قانون السياسينامه الذى أصدره محمد علي سنة ١٨٣٧ ، كما أن هناك فرمان الخط الشريف الذى أصدره الباب العالى سنة ١٨٣٩ ، وتقررت فيه مجموعة من الحقوق لأفراد الشعب ، وكان هناك لائحة مجلس النواب الأساسية سنة ١٨٧٩ ولكن يمكن القول أن أهم هذه الدساتير السابقة على دستور ١٩٢٣ هو دستور ١٨٨٢ الذى يعده بعض الفقهاء من أحدث الدساتير تطورا وان أهم ما يمكن ملاحظته على هذا الدستور ان من الفقهاء من يعتبره صادرا عن طريق جمعية وطنية اذ ان مجلس شورى النواب المنتخب من الشعب هو الذى أملى هذا الدستور ويؤيد هذا الرأى ما ورد فى دبيباجته من « نحن خديو مصر ... بعد الاطلاع على أمرنا الصادر فى ... وبناء على ما قرره مجلس النواب وموافقة رأى مجلس النظار ، نأمر بما هو آت « وهذه الملحوظة تكمن أهميتها فى أنها تجعل هذا الدستور أكثر قربا للمبادئ الدستورية العامة التى توجب ن يكون الدستور موضوعا بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة ومع ان هناك كثيرا من

الفقهاء[1] ، من ينتهون الى أن ارادة الشعب ليست العامل الوحيد لاصدار هذا الدستور إلا أنه من الواضح أنه على أضعف الفروض فهو يفضل دستور ١٩٢٣ فى هذه الناحية مع الأخذ فى الاعتبار أنه صدر فى القرن التاسع عشر ، فى حين أن دستور ١٩٢٣ ، وضع فى القرن العشرين بالاضافة الى أن تحليل مواد هذا الدستور تؤدى الى القول بأنه وضع أساس نظام برلمانى متطور الى حد كبير بالنسبة لظروف وضعه[2].

وبالاضافة الى هذا الدستور هناك دستور ١٨٨٣ الموضوع فى عهد الاحتلال والذى انتقص من النظام النيابى عديدا من مظاهره وترجع أهمية دستور ١٩٢٣ فى أنه أطول هذه الدساتير عمرا وأكثرها مجالا للبحث والنقاش ، وأن الحياة السياسية فى مصر منذ صدوره والى قيام الثورة وسقوط هذا الدستور كان تدور حول وجود هذا الدستور ، وفى المسائل الدستورية العديدة التى اثارها فى الحياة السياسية فى ذلك الوقت حتى

(١) صاحب الرأى القائل بأن الدستور نابع عن الجمعية الوطنية ، هو الدكتور السيد صبرى – فى مؤلفه – مبادئ القانون الدستورى ص ٤١ – سنة ١٩٤٩ – ص ٢٨٠ ، ويتفق أغلب الفقهاء على أن هذا الدستور لم يكن منحة من قبل الخديوى . وان هذا الدستور صادر فى صورة عقد ، انظر د/ ثروت بدوى – القانون الدستورى وتطور الأنظمة الدستورية فى مصر سنة ١٩٧١ – ص ٢٠٠ ، وانظر د/ مصطفى أبوزيد فهمى – النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة – سنة ١٩٦٦ ص ٢٥٢ ، د/ طعيمة الجرف – موجز القانون الدستورى سنة ١٩٦٠ – ص ٦٩ ، د/ محسن خليل – النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة – ص ٧٠ ، وانظر د/ عثمان خليل – القانون الدستورى – ص ٢١ ، ٢٢.

(٢) انظر نص هذا الدستور فى تاريخ الحياة النيابية فى مصر للأستاذ محمد خليل صبحى – جـ٥ ص١٩٧ ، وأنظر عرضا لجزء من هذا الدستور فى د/ السيد صبرى – المرجع السابق – ص٢٨٣ ، د/ كامل ليلة – المرجع السابق – ص ٢٤٥ ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى – المرجع السابق – ص ٢٥٣ ، وانظر فجر الحياة النيابية فى مصر الحديثة ١٨٦٦ – ١٨٨٢ ، د/عبدالعزيز رفاعى – وزارة الثقافة ، وانظر د/ لويس عوض – تاريخ الفكر المصرى الحديث – الخلفية التاريخية – دار الهلال ص ١٥٦ ، حيث تكلم عن الدستور الأول والبرلمان فى عهد الحملة الفرنسية .

فى الأوقات التى أوقف العمل به أو حتى الغاؤه واستبداله بدستور آخر - مثلما حدث عندما صدر دستور ١٩٣٠ ثم التى بعد ذلك - كانت المطالبة الأساسية هى العودة الى هذا الدستور ومقارنته بالدستور الجديد .

ومن هنا كانت دراسة « السلطة التشريعية » فى ظل هذا الدستور ستتناول ناحيتين أساسيتين : الناحية الأولى : السلطة التشريعية فى الحياة العملية لدستور ١٩٢٣ ، والناحية الأخرى : السلطة التشريعية والانحراف التشريعى فى ظل هذا الدستور .

الفصل الأول

السلطة التشريعية

والواقع العملي لدستور ١٩٢٣

أخذ دستور ١٩٢٣ ، بالنظام النيابى البرلمانى[(١)] ويعنى النظام النيابى أن الشعب يقوم باختيار نواب عنه يمارسون سلطة التشريع وأن هذا النظام يؤدى الى قيام ديمقراطية حقيقية ، ذلك أن السلطة التشريعية التى تصدر القوانين تصبح تابعة من الشعب وتباشر سلطاتها باسمه ويعنى النظام البرلمانى - الذى سنعرض لخصائصه فيما بعد - أنه بعد انتخابات حرة عبر فيها الشعب عن ارادته يقوم رئيس الدولة ملكا أو رئيسا للجمهورية ، بتكليف الحزب ذى الأغلبية فى البرلمان بتشكيل الوزارة وهكذا تتكون السلطة التشريعية والتنفيذية ، ويرجع تكوينها فى النهاية الي ارادة الشعب ولكن هل حقا كانت هذه المبادئ مطبقة فى مصر تحت ظل دستور ١٩٢٣ والى قيام الثورة؟ أو بمعنى آخر هل كان الشعب ممثلا بالبرلمان وهل كانت الحياة السياسية والواقع السياسى يحترم قواعد النظام البرلمانى الذى أتى به الدستور ، وأخيرا أمكانيات انحرافها بالتشريع؟ وللاجابة على هذه التساؤلات ، يتعين بحث عدد من العناصر التى يمكن من خلالها الوصول الى حقيقية وضع السلطة التشريعية ، ومدى تعبيرها عن ارادة الأمة من ناحية ومدى صحة مباشرتها لنشاطها . وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين ، يشمل المبحث الأول : القوى المؤثرة فى قيام السلطة التشريعية ومباشرتها لنشاطها ، والمبحث الثانى : ويشتمل على السلطة التشريعية وعلاقتها بالسلطة التنفيذية .

(١) أنظر د/ ثروت بدوى - المرجع السابق - ص ٢٤٣ ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى - المرجع السابق - ص ٢٨٠ ، د/ كامل ليلة - ص ٣٢ ، د/ أنور رسلان- المرجع السابق- ص ٢٨٨.

المبحث الأول

القوى المؤثرة فى قيام

السلطة التشريعية ومباشرتها لنشاطها

الفرع الأول

هيئة الناخبين

قررت المادة ٢٣ من الدستور أن جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور ، فالأصل وفقا لهذه المادة أن تكون الأمة هى صاحبة القول الفصل فيمن يمثلونها في البرلمان ومن هنا كانت المشكلة الأولى فى حياتنا النيابية فى ظل دستور ١٩٢٣ - وظلت هذه المشكلة حتى يومنا هذا - الا وهى مشكلة الأميين وحق الانتخاب ، وذلك بوصف أن هيئة الناخبين وتكوينها تحكم الى حد كبير على مدى كفاءة أعضاء البرلمان المنتخبين لممارسة سلطتهم التشريعية ولقدتناول معظم الفقهاء الدستوريين هذه الظاهرة فى كتاباتهم واستقر رأيهم على أن الهيئة « الناخبة » فى مصر نظرا لأن أغلبها من الأميين هى هيئة ضعيفة[1] .

ولقد صدر فى عهد الخديوى اسماعيل فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٦٦ قانون لانتخاب مجلس شورى النواب اشترط فى الناخب الالمام بالقراءة

(١) زنظر د/ السيد صبرى ص ٧١٢ ، د/ وايت ابراهيم وتوفيق حبيب - نظامنا الانتخابى كما هو وكما يجب أن يكون ص ٤٧ - سنة ١٩٥٢ ، د/ محمود عبيد - نظام الانتخاب فى التشريع المصرى والمقارن ص ٩٠ ، د/ عبدالحميد متولى - اصلاح نظام الانتخاب فى مصر سنة ١٩٥٢ - ص ١٠ .

والكتابة مع تأجيل العمل بهذا الشرط الى الانتخاب السابع أى بعد مضى ثماني عشرة سنة واشترط فى الناخبين أن يكون لهم الماَم بالقراءة والكتابة مع تأجيل هذا الشرط حتى الانتخاب الحادي عشر أى بعد انقضاء ثلاثين سنة كافية لانتشار التعليم ومحو الأمية فى الديار المصرية بحيث لا يمضى القرن التاسع عشر إلا وفى مصر من المواطنين الذين يجيدون القراءة والكتابة ما يكفى لتأليف هيئة ناخبة محترمة ونحن الى الآن لم نستطع الأخذ بما ورد فى هذا القانون من قصر الانتخابات على المتعلمين[١].

ويبدو من الرجوع الى أعمال لجنة الدستور ثم اللجنة الاستشارية التشريعية أن أساس المناقشات هو القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩١٣ الذى وضع نظاما انتخابيا جديدا احتفظ بأساس الاقتراع العام وبالانتخاب غير المباشر على درجتين ولم يشترط وفقا لأعمال لجنة الدستور فى الناخب القراءة والكتابة لأن النظام الذى انصبت عليه المناقشات هو نظام الانتخاب على الدرجتين فالمشروع المقترح من اللجنة العامة كان يقضى بأن كل ثلاثين ناخبا ينتخبون مندوبا واحدا من بينهم يشترط فيه أن تكون سنه خمسا وعشرين سنة على الأقل وتذاكر الانتخاب كانت تعطى للمندوبين فقط ولم تكن هناك تذاكر تعطى للناخبين[٢] ولذلك تستطيع أن نفهم ما ورد بالمادة ٨٩ من الدستور من أن الأمر الصادر بحل مجلس النواب يجب أن يشتمل على دعوة المندوبين لاجراء انتخابات جديدة فى ميعاد لا يتجاوز شهرين فالدستور وفقا لنصه وروحه وما دار من مناقشات فى لجنة الدستور قد أخذ

---

(١) كان هذا تعليق الدكتور وايت ابراهيم - على انتشار الأمية فى عام ١٩٥٢ وها نحن مازلنا عند قوله بعد مضى أكثر من ثلاثين عاما .

(٢) د/ وايت ابراهيم : المرجع السابق - ص ٤٩ ، ومحاضر لجنة الدستور وانظر د/ وحيد رأفت ، د/وايت ابراهيم - القانون الدستورى سنة ١٩٣٧ - ص ٣٧٥ .

بالانتخاب على درجتين وليس على درجة واحدة[١].

وهذه المشكلة الى لا تثار عادة الا فى البلاد المتخلفة التى لا ترتفع فيها نسبة المتعلمين الى درجة أن يكون الاميون طائفة ضيلة لا يمكن التعويل عليها أما فى الدول المتقدمة فانها تجاوزت هذه المرحلة والمتتبع لفكرة الاقتراع العام يجد أن الدول الديمقراطية لم تصل اليها الا بعد أن كان الاقتراع مقيدا سواء بنصاب مالى أو بالكفاءة ، كدرجة الثقافة وقد درجت فى الشروط الواجب توافرها فى الناخبين حيث انتهت الى تحرير هذه الشروط من أى قيد يمكن ن يستبعد عددا من الأفراد دون مسوغ لذلك ويتواكب هذا التحرير مع انتشار التعليم انتشارا تضاءل معه نسبة الأميين الى درجة كبيرة وأهم الأمثلة علي ذلك هو فرنسا ذاتها صاحبة أفكار الحرية والديمقراطية ، فلم تأخذ بفكرة الاقتراع العام دون قيود تتعلق بالمال أو الكفاءة الا بمقتضى مرسوم ٥ مارس سنة ١٨٤٨ ، ودستور سنة ١٧٩١ فى فرنسا لم يأخذ بمبدأ الاقتراع العام ، فقد قسم المواطنين الفرنسيين الى مواطنين عاملين لهم وحدهم حق استعمال الحقوق السياسية ، وهم أفراد الشعب البالغين ٢٥ عاما ويدفعون ضريبة مقررة تعادل عمل ثلاثة أيام ، علاوة على شروط أخرى متعلقة بملكية أو حيازة عقار ذى دخل معين[٢].

ولقد كان أساس اشتراط التعليم أو حيازة قدر معين من المال أن من يملك شيئا من الثروة قل أو كثر غالبا ما يعير الشئون العامة كثيرا من اهتمامه ، وان من يكون فى بسطة من العيش وسعة لابد أن ينال قسطا من

---

(١) انظر من هذا رأى د/ محمود عيد – المرجع السابق – ص ٤١ .

(٢) د/ محمود عيد : المرجع السابق – ص ٦٣ .

الثقافة والتعليم ، فالثروة مترتبة على الكفاءة والمقدرة[١].

ولقد قدمت وزارة سعد زغلول باشا الى مجلس النواب مشروعا اقترحت فيه تعديل المادة الأولى من قانون الانتخاب على أساس التمييز بين الناخب الأمي والمتعلم ، على أساس أنه يشترط بالنسبة للناخبين الأميين أن يبلغوا خمسا وعشرين سنة كاملة عند مباشرتهم لحق الانتخاب لمجلس النواب وثلاثين سنة لمجلس الشيوخ آما بالنسبة للناخبين المتعلمين فاكتفى المشرع بسن الواحد والعشرين فى حالة انتخاب مجلس النواب وخمسة وعشرين سنة بالنسبة لانتخاب مجلس الشيوخ ويصدر وزير الداخلية قرارا بكافة الأحكام اللازمة للتحقق مما اذا كان الناخب عالما بالقراءة والكتابة أو غير عالم بهما ، وقد جاء بمذكرة الحكومة الوفدية عن هذه المادة أن عدم معرفة القراءة والكتابة يجعل على العموم الناخب الأمى فى مستوى أحط من الناخب المتعلم ، فحرمان الناخب الأمى كما هو الواقع من أهم وسيلة للتعرف والاتصال مما لا يتم الا بواسطة القراءة والكتابة يضطره الى استجماع جميع معلوماته من مخاطبته مع العدد المحدود من الناس الذين يحيطون به وهذا يعرضه الى الانخداع بسهولة وأضافت لجنة الحقانية بمجلس النواب سنة ١٩٢٤ الى هذه الحجج أن التمييز بين المتعلم والأمى مبنى على أن أفراد الأمة ليسوا جميعا في مستوى واحد ولقد كان قانون الانتخاب الايطالى يحرم على الاميين حق الانتخاب ولم يتغير هذا القانون الا فى سنة ١٩١٢ ، وبعد أن أقر الدستور أن يكون التعليم مجانيا يجب أن يجعل قانون الانتخاب عاملا يقوى روح الرغبة فى التعليم

---

(١) د/ محمود عيد : المرجع السابق - ص ٥٦ ، وانظر الحجج المختلفة التى توضح أسس هذا الرأى.

وحق الانتخاب للمتعلم هو عبرة لغير المتعلم ، فالرجل يلجأ الي المتعلم والى نصف المتعلم فيضلله إلا أن مجلس النواب اعترض على هذه التفرقة مستندا الى ما أبداه أحد أعضاءه من أن حق الانتخاب مرافق لباقى الحقوق المدنية التى يتمتع بها الشخص بمجرد بلوغه سن الرشد ، فالإنسان حتى يباح له أن يتولى حقوقه المدنية من بيع وشراء مباح له أيضا أن يكون له الحق فى الانتخاب الذى هو جوهر الحقوق السياسية وأنه لا يجوز التمييز بين المصريين باشتراط معرفة القراءة والكتابة[(١)].

وهذه المشكلة ترتبط بالمشكلة الفقهية الدستورية حول تكييف الانتخاب وهل هو حق أو وظيفة تلك التى نبعت من نظريتى سيادة الأمة وسيادة الشعب وقد استقر الفقه الدستورى على أن حق الانتخاب هو من سلطة قانونية مقررة للناخب لا لمصلحته الشخصية ولكن لمصلحة المجموع وهذه السلطة يتحدد مضمونها وشروط استعمالها بالقانون وللمشرع أن يعدل فى حق الانتخاب فى كل وقت لأنه ليس حقا شخصيا مولدا لمركز ذاتى ولكنه سلطة قانونية لا يعترف بها لكل شخص وإنما يعترف بها للأفراد الذين يحددهم القانون[(٢)].

ان الغرض من الانتخاب هو اشراك المحكومين فى الحكم كما تقتضيه المبادئ الديمقراطية ولكن اشراك المحكومين فى الحكم يستلزم أولا وقبل كل شئ فهمهم وتقديرهم لدورهم فى هذا الاشتراك فاشتراك الشعب فى ممارسة

---

(١) انظر هذه المناقشات والتقارير فى د/ وايت ابراهيم - المرجع السابق - ص ٥٠ ، نقلا عن مضابط مجلس النواب - دور الانعقاد الأول سنة ١٩٢٤ - ص ٧٧٢ .

(٢) د/ ثروت بدوى : النظم السياسية - جـ١ سنة ١٩٧٠ - ص ٢١٢ ، وانظر عرضا وافيا لنظريتى سيادة الأمة وسيادة الشعب - نفس هذا المؤلف .

الحقوق العامة أساسه قدرته على تمييز وادراك ما يستند اليه من الأعمال ، ففي الديمقراطية المباشرة يجب أن يكون أفراد الشعب وهم أصحاب حق الانتخاب على قدر كاف من التعليم ليتمكنوا من أن يبدوا رأيهم بأنفسهم في كل مسائل الوطن وفي الديمقراطية النيابية يجب أن يكون أفراد الشعب الذين لهم حق الانتخاب على أقل تقدير قادرين على تمييز أصحاب الكفايات .

ان اشتراك الشعب في الحكم يجب أن يبنى على الأهلية وهي ضرورة لا غنى عنها في القانون العام كما هي ضرورة في القانون الخاص[1] .

أن جوهر الديمقراطية الحقيقي يتمثل في فكرتي الحرية والمساواة وينعكس ذلك في الانتخابات فيجب أن يتوافر للمواطنين قدر كاف من الحرية يسمح لهم بالاختيار والتصويت والحرية لا تعني فقط الحريات السياسية ، ولكنها تعني أيضا مناخا اجتماعيا وثقافيا يعطي للفرد القدرة على الحصول على قدر كاف من المعلومات والحقائق بما يمكنه من الاختيار بناء على رؤيته وتحليله لهذه المعلومات بحيث تكون سنده الرئيسي في التصويت وليس مجرد التحرك بروح القطيع والالتزام بولاءات تقليدية[2] .

والواقع أن كل اصلاح انتخابي لا قيمة كبيرة له مادامت هيئة الناخبين تضم عددا كبيرا من الأميين ، فكيف يمكن لرجل أمي أن يعطي رأيا ناجحا في الانتخاب وهو بعيد عن تطورات الأمور وعن الالمام بمختلف

---

(١) د/ السيد صبرى : المرجع السابق - ص ٧١٣ .

(٢) الاستاذ/ ضياء رشوان : الأهرام في ١٩٨٤/٧/٣ - مقالة بعنوان « الانتخابات بين الديمقراطية والأمية .

الآراء والمبادئ . اليس من العجيب أن تقرر سرية التصويت وسرية عملية الانتخاب وبين الناخبين عدد كبير يجهل القراءة والكتابة ، فعندما يذهب الأمى للتصويت فجميع الاحتياطات التى يتخذها المشرع فى هذا الصدد تعتبر لغوا لا فائدة عملية منها . فهو سينخدع وسينخدع دائما[١].

والواقع أننا توسعنا فى توضيح هذه المسألة نظرا لأنها تلازمنا الى الآن وان النظرة المجردة للأمور تقطع بوجوب قصر حق الاقتراع على المتعلمين ويجب أن يفهم ذلك بالنسبة للشروط اللازمة لاتمام عملية الانتخاب ومنها السن والأهلية وكذلك القراءة والكتابة ، فمثل هذا الشرط كمثل شرط الجنسية مثلا فكل هذه الشروط تحدد على نحو صحيح الطريق الى قيام عملية انتخاب صحيحة ولا يعد ربط الاقتراع بالتعليم مخلا بعموميته الا اذا كان التعليم يتطلب مالا أولا تكفله الدولة ، أما والدولة تكفل التعليم المجانى فكيف يتصور أن الاقتراع العام يكون مقيدا فى حالة اشتراط التعليم ؟ فالتعليم الى الحد الذى يكفله الدستور مجانا للمواطنين هو الحد الذى يبدأ بعده اعتبار قصر الانتخاب على طائفة من المتعلمين أو الحاصلين على شهادات معينة مقيدا أو بالأقل فان معرفة القراءة والكتابة تعد آنذاك شرطا أساسيا ولازما في الناخب . هذه الحقائق النظرية تصطدم بالواقع العملى الذى كانت عليه فى البلاد عند صدور دستور ١٩٢٣ ولم يكن ممكنا قصر الانتخاب على المتعلمين لأن البلاد لم تتح الفرصة للأميين للتعليم لظروف الاحتلال والطبقية الواضحة التى كانت سائدة آنذاك ، لذلك كان اقتراح وزارة سعد زغلول اقتراحا جديرا بالقبول مع أخذ الحكومات فى الاعتبار بداية حملة لازالة الأمية ، الأمر الذى لم

(١) د/ محمود عيد : رسالته سالفة البيان - المرجع السابق - ص ٩١ .

يحدث للآن . وعلى كل كانت هذه المشكلة مشكلة « سيادة الأمية » بين الناخبين لها أثرها الواضح فى الحياة السياسية وفى تشكيل البرلمان فالمتتبع لنتائج الانتخابات البرلمانية يجد أنه على الرغم من حصول حزب الوفد على ٩و٨٤٪ من مقاعد البرلمان عام ١٩٢٤ وحصول الأحرار الدستوريين على ٥و٩٪ من هذه المقاعد فى انتخابات ١٩٢٤ وحصول الوفد على ٦و٥٣٪ وحزب الاحرار الدستوريين على ١٩٪ فى انتخابات عام ١٩٢٥ ، وحصل الوفد فى انتخابات عام ١٩٢٦ على ٨١٪ من مقاعد البرلمان وحصل الاحرار الدستوريين على ٧و١٣٪ من هذه المقاعد وهنا نلاحظ هبوط نسبة ما حصل عليه الوفد من ٩و٨٤٪ الى ٦و٥٣٪ خلال أقل من عام وزيادة ما حصل عليه الاحرار الدستوريين من ٥و٩٪ الى ١٩٪ فى نفس المدة ، ثم العودة الى النسبة الحقيقية فى انتخابات ١٩٢٦ وفى انتخابات عام ١٩٢٩ حصل حزب الوفد على ١و٩٣٪ من المقاعد وحصل حزب الاحرار الدستوريين على ٢و٢٪ وفى ظل دستور صدقى - دستور ١٩٣٠ - وتكوين الحكومة لحزب جديد هو حزب الشعب حصل هذا الحزب على ٥٦٪ من مقاعد البرلمان مع مقاطعة الوفد والأحرار الدستوريين لهذه الانتخابات وحصل على ٥٨٪ من أصوات الناخبين وحصل حزب الاتحاد الذى لم يحصل فى انتخابات ١٩٢٩ الا على ٩و٤٪ من الأصوات ولم يمثل في البرلمان ، حصل هذا الحزب فى انتخابات عام ١٩٣١ على ٨و٢٣٪ من مقاعد البرلمان والأحرار الدستوريين على ٣و١٢٪ من أصوات الناخبين و ٥و٦٪ من مقاعد البرلمان فى حين حصل حزبا الاتحاد والشعب معا على ٦و١٣٪ من أصوات الناخبين و ٦٪ من مقاعد البرلمان هذا التناقض فى مثل هذه المدد الوجيزة فى نتائج

الانتخابات تشير الى مدى تدخل الحكومات السافر فى الانتخابات فلا يعقل أن ينقلب الناخبون من لون الى لون ومن رأى الى نقيضه ما بين عشية وضحاها ، وكأنه ليس في الأمر وسط وليس للانقلابات مقدمات وليس للمنتخبين أمان فى الناخبين[١].

هذا التناقض ساعد عليه انتشار الأمية بين الشعب مما سهل على مختلف الحكومات تزوير الانتخابات بالاضافة الى ما فى الشخص الأمى من تخلف عن امكانية تكوين رأى عام ذو أثر فعال فى المسائل القومية نظرا لاعتماده على المتعلمين فى تكوين هذا الرأى العام وانضمامه اليهم دونما تبصر فليست له امكانية هذا التبصر من قراءة وكتابة ومناقشة مبنية على الفهم ، فاذا أضفنا الى ذلك عيوب أخرى فى الأسس الانتخابية منها علي سبيل المثال لا الحصر تعديل الدوائر الانتخابية بمراسيم بقوانين وليس بقوانين مما يؤدى إلى تمزيق الدوائر تحت ستار تحديدها[٢] ، ومن هنا نستطيع أن نفهم كيف أن الهيئة الناخبة ، لم تكن هى العامل الأساسى والرئيسى فى اقامة برلمان يمثلها تمثيلا صحيحا فحالات تزييف ارادة الناخبين ووجود وزارات غير نابعة من البرلمان أو غير معبرة عن حقيقة القوى السياسية فى المجتمع ساهم الى حد كبير فى فساد أسس الحكم وفى جعل البرلمان غير صاحب السيادة فى تسيير دفة الحكم وهذا التزييف ساعد عليه الى حد كبير تفشى الأمية بين الناخبين وعيوب قوانين الانتخاب المختلفة التى

---

(١) د/ وايت ابراهيم : المرجع السابق - ص ١٢ .

(٢) د/ وايت ابراهيم : المرجع السابق - ص ٣٥ ، وانظر أمثلة على ذلك فى هذا المؤلف وهذه الاحصاءات مأخوذة من الاحصاءات الواردة بمؤلف د/ على الدين هلال - السياسة والحكم فى مصر - العهد البرلمانى ١٩٢٣ - ١٩٥٢ ، سنة ١٩٧٧ - ص ٣٠١ وما بعدها ، وكتاب الوزارات المصرية د/ يونان لبيب رزق - ص ٣٦٠ وما بعدها .

انعكس الصراع السياسى عليها ، تتبدل وتتعدل دون مقتضى سوى محاولة كل وزارة أن تستمد منه سندا لاحتفاظها بأغلبية برلمانية تمكنها من الاستمرار فى الحكم(١).

وبالاضافة الى هذه الملاحظات يبين من جدول الأصوات التى يمثلها مجلس النواب خلال الانتخابات المتتالية أن عدد الأصوات التى يمثلها مجلس النواب بالنسبة لعدد أصوات الناخبين لم تزد فى أى حال عن ٤٧٪ من صحيح أصوات الناخبين ، أى بعد استبعاد المتخلفين عن الانتخابات والأصوات الفاشلة التى لم تمثل فى البرلمان وأقل نسبة هى عام ١٩٢٩ حيث مثلت هذه الأصوات التى يمثلها مجلس النواب ٣٩٪(٢) من مجموع الأصوات الصحيحة وهذه النتائج تؤيد ما انتهينا اليه سابقا من أن البرلمان ليس معبرا عن ارادة الأمة ، وانما هو كيان يقوم بوظيفة معينة هى سن القوانين وأن الانتخاب هو أكثر الوسائل ديمقراطية لتحقيق هذا الغرض على نحو لا يؤدى الى تركيز السلطة ومن هنا نفهم أن اشتراط معرفة القراءة والكتابة فى الناخب وان قلل من الناخبين فهو يجعل فرص الاختيار أكثر دقة ويجعل من يقومون بالتشريع أكثر قدرة عليه وبدون هذا الشرط رأينا أنه لم يتجاوز عدد الأصوات التى يمثلها أعضاء البرلمان عن ٣٩٪ من أصوات الناخبين .

وننتهى من هذا العرض لأهم ركائز السلطة التشريعية وهى هيئة الناخبين الى أنه بالاضافة الى كثرة الاميين هناك الثغرات العديدة فى

(١) انظر مارسيل كولب : تطور مصر - ترجمة زهير الشايب - ط سنة ١٩٧٢ ص ٩ ، وانظر قوانين الانتخابات المختلفة الواردة فيه .

(٢) انظر الاحصاءات الواردة بمؤلف د/ السيد صبرى - سالف الذكر ص ٧١٨ .

قوانين الانتخابات تركت للحكومات المختلفة فرصة تزوير ارادة الناخبين من ناحية ومن ناحية أخرى كانت هذه الأمية سببا فى زيادة مرض الأحزاب فى تسمية مرشحيها للبرلمان اعتبار على التأييد المطلق لها من قبل أنصارها دون نظر الى سياسة أو برامج حزبية محددة .

وهذا ما يوضح طرفا من ظروف وامكانيات توافر الانحراف التشريعى ، حيث تغدو الاحزاب صاحبة القول الفصل فعلا فى الدفع بمرشحيها الى البرلمان وما يرتبه هذا على عاتق أعضاء البرلمان من ضرورة السمع والطاعة لأوامر الحزب ومن ناحية أخرى أزدادت القدرة من قبل السلطة التنفيذية على تزوير ارادة الناخبين لضعف هذه الهيئة الناخبة وقلة وعيها آثار كبرى فى جعل اليد الطولى للسلطة التنفيذية فى سيطرتها على السلطة التشريعية وهو ما كان ايذانا بضعف السلطة التشريعية ازاء السلطة التنفيذية .

الفرع الثانى

الأحزاب السياسية

اننا فى حدود تناولنا للأحزاب السياسية فى مصر فى ظل دستور ١٩٢٣ انما نتناولها من الزاوية التى تهمنا فى هذا المجال ، ألا وهى مدى ما تتمتع به هذه الأحزاب من أغلبية برلمانية تمكنها من أن تصبح قوة ذات شأن فى اصدار القوانين حتى يتسنى لنا بحث امكانية وجود إنحراف تشريعى بعد ذلك فالانحراف التشريعى لن يتسنى له القيام والوجود فى ظل الاحزاب ذات أغلبية صغيرة لا تكون بذاتها صاحبة القول الفصل فى اصدار القوانين أى تحتاج الى موافقة أعضاء من الأحزاب الأخرى على قوانينها ومن ثم يمكن القول فى هذه الحالة أنه تتضاءل الى حد كبير فرصة وجود وحدوث الانحراف نظرا لأن الاحزاب الأخرى عن طريق ممثليها ستجد الفرصة للتشكيك فى هذه القوانين ومدى دستوريتها ومن ثم رفضها نظرا لتطلع كل منها إلى الوصول الى الحكم على حساب الأحزاب الأخرى ، فحالة وجود حزب سياسى ذى أغلبية كبيرة فى البرلمان هى الحالة التى تصلح مناخا مناسبا لوقوع الانحراف وهناك بالطبع شروط أخرى فى توافرها يتهيأ الجو تماما للانحراف التشريعى ولكن أهم هذه الشروط هو وجود حزب كبير ذى أغلبية ضخمة فى البرلمان وعليه سنتناول الأحزاب المصرية من هذه الزاوية .

والمتتبع لتاريخ مصر النيابية فى ظل دستور ١٩٢٣ يجد أنه لامراء فى أن حزب الوفد هو أكبر وأضخم الاحزاب المصرية فى ظل هذا الدستور وانه كان يمثل الحزب الشعبى بلا منازع مما توضحه نتائج الانتخابات

البرلمانية فى مختلف الأوقات[1] فالحزب حصل فى انتخابات عام ١٩٢٤ على ٩و٨٤٪ من مقاعد البرلمان وفى انتخابات عام ١٩٢٥ على ٦و٥٣٪ من هذه المقاعد وهى الانتخابات التى تدخلت فيها الادارة تدخلاً كبيرا[2] ويظهر هذا التدخل فى نتائج انتخابات عام ١٩٢٦ التى أجريت فى ظل ذات الادارة ولكن لم تتدخل فيها فحصل الوفد على ٨١٪ من مقاعد البرلمان وفى انتخابات ١٩٢٩ حصل على ١و٩٣٪ من مقاعد البرلمان وفى انتخابات ١٩٣٦ حصل على ٩و٨١٪ وفى انتخابات عام ١٩٤٢ حصل الحزب على ٩و٨٧٪ من هذه المقاعد مع ان الحزب فى الانتخابات السابقة عليها وهى انتخابات عام ١٩٣٨ كان قد قاطعها لاحتمالات التزوير وهو الأمر الذى تحقق فعلا فحصلت الأحزاب الأخرى على ٨٥٪ من هذه المقاعد وفى انتخابات عام ١٩٥٠ حصل الوفد على ٨و٧٠٪ من مقاعد البرلمان.

وترجع شعبية الوفد الطاغية الى أسباب تاريخية تتمثل فى الدور الذى قام به فى المطالبة باستقلال البلاد واعتباره وكيل الأمة فى هذه المطالب وليست هذه بعبارة مجازية وانما يظهر أساسها فى تلك التوكيلات التى جمعت للوفد ولسعد باشا زغلول نفسه عند قيامه بمفاوضة الانجليز وعبر عن ذلك زعيم الحزب حيث قال فى انتخابات عام ١٩٢٥ ان الوفد يدخل الانتخابات ليس كحزب أو جماعة بل كوكيل عن الأمة المصرية[3].

وبالاضافة الى ذلك كان دور سعد باشا زغلول نفسه كزعيم للحزب

---

(١) هذه الاحصاءات منقولة من كتاب د/ على الدين هلال - السياسة والحكم فى مصر - العهد البرلمانى ص ٣٠٢ ، وهناك اختلافات فى هذه الأرقام وان كانت غير كبيرة ، انظر تاريخ الوزارات المصرية ص ٣٤٠ د/ يونان لبيب .

(٢) انظر تاريخ الوزارات المصرية ص ٣٣٦ وما بعدها .

(٣) د/ على الدين هلال : المرجع السابق - ص ١٣٨ .

أثره الهائل على شعبية الحزب حيث ذهب فى عام ١٩٢٤ الى أنه ليس رئيس حزب بل وكيل أمة[١].

وهذا الدور الذى انعكس بالطبع فى طبيعة دور الزعيم فى داخل الحزب نفسه وهو سبب ما تمتع به زعيم الحزب من سلطات ضخمة داخل الحزب جعلت دوره فى كثير من الأحيان هوالدور الأساسى والرئيسى الذى تدور حوله مختلف أوجه نشاط الحزب وكانت شخصية سعد زغلول ذاتها سببا فى ترسيخ هذا الدور[٢].

ولهذا يمكن القول أن الوضع السياسى في مصر تميز بوجود حزب كبير استقطب الجماهير الشعبية وحرم أحزاب المعارضة من الحصول على أى تأييد جماهيرى يعتد به وهو ما يمكن أن يبرز الى الاذهان فكرة الدكتاتورية البرلمانية لحزب الوفد ، إلا أنه بالرغم من هذه الأغلبية الشعبية الكبيرة لهذا الحزب لم يحكم الحزب سوى ست سنوات وشهرين وخمسة عشر يوما منفردا ومشتركا فى وزارات ائتلاف لمدة سنتين وخمسة أيام أى باجمالى ثمانى سنوات وثلاثة أشهر وأربعة أيام من مجموع ما يزيد على الثمانية وعشرين عاما[٣]، وهذا هو أحد مثالب النظام الديمقراطى المصرى فى ظل دستور ١٩٢٣ مما سيأتى ذكره بعد ذلك .

---

(١) د/ على الدين هلال : المرجع السابق - ص ١٣٨ ، نقلا عن محمد ابراهيم الجزيرى - اثار الزعيم سعد زغلول (القاهرة ١٩٣٧ جـ٢ ص ٢١١) .

(٢) ذهب أحد ألد خصوم سعد باشا زغلول الى القول أن شخصية سعد زغلول في ذلك الحين كانت شخصية جبارة وجذابة غمرت البلاد بقوتها وشدة تأثيرها واجتاحت أمامها كل شئ وأ. بح الاعتقاد فيها يشبه الاعتقاد بالأنبياء ، انظر اسماعيل صدقى - مذكراتى (القاهرة - ١٩٥٠ ص ٢٩ وما بعدها) .

(٣) انظر كتاب تاريخ الوزارات المصرية فى فصولة المختلفة وما بعدها ، د/ على الدين هلال - المرجع السابق - ص ١٤٠ .

وبالنظر فى قانون الوفد من ناحية والواقع العملى لتنظيم الحزب من ناحية أخرى نجد أنه يتمتع بطبيعة أوتقراطية أى أن هناك قلة فى الحزب تملك سلطة ادارة شئونه كما تملك سلطة كبيرة على أعضاء الحزب الآخرين فطبقا لقانون الوفد المصرى الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٨ ويتكون من ٢٦ مادة نصت المادة الثالثة عشر على أن رئيس الوفد يشخص الوفد ويرأس جلساته ويحافظ على نظامه ويشرف على أعمال اللجان والأعضاء ذوى الوظائف وعلى عمل السكرتارية وأمانة الصندوق ، كما نصت المادة ٢٠ منه على أن رئيس الوفد هو الذى يملك التصريح باسم الوفد والسماح للآخرين بهذه التصاريح كما أن هيئة الوفد هى بمثابة أعلى مستوى قيادى للوفد وكانت عضويتها بالاختيار وكان مشارا اليها باسم الوفد ويمكن القول أن دور زعيم الوفد كان أقوى من أى تنظيم أو علاقات فيما يسميه بعض المحللين بنظرية الزعامة الوفدية(١).

وطبقا للواقع السياسى للحياة العملية لحزب الوفد نجد أنه فى عام ١٩٢١ فصل سعد زغلول عشرة أعضاء من الوفد وبقى معه أربعة فقط وفى عام ١٩٣٣ فصل النحاس باشا ثمانية أعضاء ولم يبق معه سوى ثلاثة فقط ، وكما حدث الانشقاق الثالث عام ١٩٣٧ والانشقاق الرابع عام ١٩٤٢(٢).

---

(١) د/ على الدين هلال : المرجع السابق - ص ١٤٩ ، وانظر النظام الأساسى للوفد ، د/ يونان لبيب رزق - الأحزاب المصرية قبل ثورة ١٩٥٢ ص ١٠٠ ، وانظر د/ محمود متولى - مصر والحياة الحزبية والنيابية قبل سنة ١٩٥٢ - جـ١ سنة ١٩٨٠ ص ٤٠٠ وما بعدها .

(٢) انظر فى أسباب هذه الانشقاقات د/ عبدالعظيم رمضان - تاريخ الحركة الوطنية من سنة ١٩١٨ الى سنة ١٩٣٦ ص ٣٢٠ ، وتاريخ الحركة الوطنية من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٨ ص ١٢١ ، ١٤٥ ، وانظر طارق البشرى - الحركة الوطنية فى مصر من سنة ١٩٤٥ إلى سنة ١٩٥٢ ص ٤٣٠ ، حيث يوجز أسباب أزمة الوفد .

والواقع أن الطبيعة الاوتوقراطية للأحزاب السياسية عامة هى طبيعة حياة وهى متصلة تماما بقدرة الحزب على البقاء وقدرته على الوصول الى الحكم وبغيرها لن يتسنى للحزب أن يؤدى دوره الرئيسي المطلوب منه وهو محاولة تنفيذ أهدافه ولن يتسنى له ذلك الا بالوصول للحكم فليس مما يعيبه طابعه الاوتوقراطى لأنه بالنسبة للحزب ضرورة تمليها طبيعة سير العمل بالحزب ومحاولته الوصول للحكم كما سبق وأوضحنا ذلك ولكن الغرض من الاشارة الى وجود هذه الطبيعة فى أكبر الأحزاب المصرية شعبية وأكثرها استحواذا على مقاعد البرلمان فى أية انتخابات محايدة ، الاشارة الى واقع ملموس فى الحياة السياسية ، ويكون هذا الواقع أحد الظروف الملائمة لوقوع الانحراف التشريعى حيث يمكن أن يعمل هذا الحزب ذو الأغلبية الضخمة على تحقيق أهدافه الخاصة به أو الأهداف الخاصة بمن يهمسون عليه فى صورة تشريع صادر عنه واذا كنا بعد ذلك سنتناول امكانيات الانحراف التشريعى فى ذلك العهد - العهد البرلمانى - فاننا نكون هنا قد أوضحنا أنه كانت هناك أحد شروط وقوع الانحراف التشريعى متمثلة فى أن الحزب الذى كان يحصل على أعلى الأصوات فى الانتخابات الحرة هو حزب يحوز أكثر من ٧٠٪ من مقاعد البرلمان بما يخول له سلطة مطلقة فى اصدار القوانين ولم تكن هناك ثمة معارضة ذات شأن فى هذا المجال يمكن أن تمثل بالنسبة له عائقا عن تنفيذ أغراضه .

واذا نظرنا الى الأحزاب الأخرى نجد على كثرتها[١] أنه لم يكن منها

---

(١) كان هناك أحزاب القصر كحزب الاتحاد وحزب الشعب ومثال الأحزاب المنشقة على الوفد ، كالهيئة السعدية والكتلة وهناك أيضا الحزب الوطنى ، انظر فى هذه الأحزاب د/ يونان لبيب رزق - المرجع السابق ، وطارق البشرى - المرجع السابق ، د/ عبدالعظيم رمضان - المرجع السابق - ص ٤٧٤ .

ذا أثر فى دخول البرلمان سوى حزب الأحرار الدستوريين ، وهو حزب يضم كبار ملاك الأرض والأعيان والمصريين الذين نظروا بعين الريبة الى الحركة الشعبية التى مثلها الوفد بالاضافة الى العديد من المثقفين مما يمكن القول معه أنه اتسم بطابع النخبة من الأعيان والمثقفين وهو ما يفسر عدم حصوله على تأييد شعبى كبير ، والباحث فى نتائج الانتخابات البرلمانية يجد أن نسبة المقاعد التى حصل عليها هذا الحزب لم تزد نسبتها عن ١٣٪ سوى فى الانتخابات التى اتسمت بالتزوير أو التى قام بها الحزب ذاته حيث بلغت فى عام ١٩٤٥ مع رفض الوفد دخوله هذه الانتخابات خشية تزويرها ٢٨و٤٪ من مقاعد البرلمان وهنا يمكن القول أنه لا يمكن لهذا الحزب أن تكون له أغلبية معقولة فى البرلمان إلا بالائتلاف مع أحزاب الأقلية الصغيرة والتى - مع حزب الأحرار الدستوريين - لم تكن لتصل الى الحكم الا فى حالة تزوير الانتخابات ، مما جعلها اداة طيعة فى يد الملك يستخدمها لضرب الحزب ذى الأغلبية الضخمة وهو الوفد مما جعل من هذه الأحزاب وعلى رأسها حزب الأحرار الدستوريون من أسباب انهيار الحياة البرلمانية فى مصر فى ذلك العهد ، ويقع الوزر الأكبر على حزب الأحرار الدستوريين لأنه فضلا عن أنه يضم نخبة كبيرة من المثقفين فانه قد قام على أساس العداء لاستبداد القصر وساهم كثير من اعضائه فى وضع الدستور وفى المناداة بالمحافظة عليه مما كان يمكن أن يضع الحزب فى صف الدستور ضد معسكر القصر ولكنه كان ينظر الى الارادة الشعبية الجارفة التى يتمتع بها الوفد الى أنها ليست هى المعيار الوحيد للحكم بكفاية الحزب صاحبها لحكم البلاد فقد ذهب أحد كبار قادة الحزب الى القول بأن المنطق التجريدى وحده يصطدم فى الحياة العملية بمنطق آخر يجب أن يقام

له كذلك وزن وحساب وعلى ذلك لا يجوز أن يكون العدد وحده مقياس الكفاية للحكم بل يجب أن تكون القدرة على الحكم ذات أثر كذلك فى هذا المقياس[١].

وهكذا نجد الواقع السياسى المصرى يختلف تماما عن النظرة المجردة للدستور ، فالوفد صاحب الأغلبية الضخمة والحزب الشعبى لا يتولى الحكم الا استثناء خلافا للقواعد الدستورية التى تجعل الحكم لصاحب الأغلبية الشعبية ، ومن ناحية أخرى أحزاب أقلية تتولى الحكم اعتمادا على تزييف لارادة الناخبين ، ساعد عليها ضعف هذه الارادة مما جعل البرلمان صورة مزيفة عن واقع غير ديمقراطى ولكن هذا الوضع الذى لا يتفق مع أية اعتبارات دستورية ساعد عليه أمران - هما المشكلان للحياة السياسية فى مصر فى ظل دستور ١٩٢٣ - وهما يمثلان عاملين هامين طغيا على ارادة الناخبين ووجود أحزاب سياسية ويتعبران هما محور الحياة السياسية والدستورية ، فى ذلك الحين ، ألا وهما دور الملك فى الحياة الدستورية والسياسية ودور الاحتلال البريطانى[٢].

---

(١) د/ محمد حسنين هيكل باشا : سنة ١٩٥١ - مذكرات فى السياسة المصرية - ص ١٣٤ .

(٢) هناك أحزاب أخرى كثير لم نشر اليها باعتبار أنها اما من أحزاب الانشقاق عن الوفد كالهيئة السعدية والكتلة الوفدية المستقلة أو من أحزاب القصر كحزب الاتحاد وحزب الشعب ، أو أنها لم تكن ذات قوة مؤثرة فى حد ذاتها كالحزب الوطنى الجديد ، فالهيئة السعدية تكونت من انشقاق النقراشى وأحمد ماهر عن الوفد وكان الهجوم على الوفد وتجريحه أحد الخطوط الأساسية فى دعاية الحزب وبرامجه والكتلة الوفدية تكونت من انشقاق مكرم عبيد عن الوفد أما حزب الاتحاد لم يكن له أى شأن انتخابى إلا فى الانتخابات التى زورها القصر مثل انتخابات ١٩٢٥ ، ١٩٣١ وحزب الشعب ، أسسه أسماعيل صدقى سنة ١٩٣٠ ولم يكن له وجود شعبى أو ثقل انتخابى إلا فى انتخابات ١٩٣١ التى ادارها صدقى وهذه الأحزاب بجمعها انها كانت اداة الملك فى ضرب حزب الوفد ولم تكن لها شعبية حقيقية - عدا الحزب الوطنى - ولم تتمكن من الوصول الى الحكم الا بتزوير الانتخابات فجميعها اداة فى يد الملك يستخدمها حين يخرج الوفد من الحكم وذلك لتقويم بتزوير الانتخابات وتولى الحكم دون مساندة من الشعب وهناك =

الفرع الثالث

الملك ودوره فى الحياة السياسية

أخذ دستور ١٩٢٣ بالنظام البرلمانى كأساس للحكم فى البلاد والمعروف أن الخصائص التقليدية للنظام البرلمانى تقوم على أساس الفصل المرن بين السلطات والتوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية والأهم من تلك الخصائص والمميز للنظام البرلمانى عن غيره من أنظمة الحكم هو ثنائية الجهاز التنفيذى أى أن السلطة التنفيذية تكون فى يد رئيس دولة غير مسئول عن أعماله ووزراء يكونون هيئة جماعية تسمى مجلس الوزراء ويسألون أمام البرلمان(١).

= جماعات أخرى كان لها وجود سياسي قوى ولو لم تكن من الأحزاب لجماعة الأخوان المسلمين أو أن قوتها وتأثيرها ليس على مستوى تمثيلها فى البرلمان كحركة مصر الفتاة التى تطورت إلى الحزب الاشتراكى .

نحيل إلى تفاصيل هذه الأحزاب والقوى السياسية لمؤلف د/ على الدين هلال - السياسية والحكم فى مصر سنة ١٩٧٧ - ص ٢٠٠ وما بعدها ، د/ محمد متولى - مصر والحياة السياسية قبل سنة ١٩٥٢ - دار الثقافة سنة ١٩٨٠ ص ١٥٥ ، والأحزاب السياسية فى مصر ص ١٩٧ - سنة ١٩٨٤ .

د/ يونان لبيب رزق - كتاب الهلال ، وانظر طارق البشرى - الحركة السياسية فى مصر سنة ١٩٤٥ - ١٩٥٢ .

(١) د/ ثروت بدوى : النظم السياسية - ص ٢٩٧ ، وانظر د/ محمود رسلان - المرجع السابق - ص ٣٩٥ وفى خصوص النظام السياسى فى دستور ١٩٢٣ ، انظر رسالة د/ السيد صبرى - السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية فى مصر سنة ١٩٣٠ بالفرنسية ، ورسالة د/ حلمى مكرم بالفرنسية - المشاكل الناشئة عن الدستور المصرى سنة ١٩٢٧ ، ورسالة د/ شكرى مجيب - الدستور المصرى والرقابة على دستورية القوانين سنة ١٩٢٩ ، وانظر المراجع العامة بخصوص النظام البرلمانى ، دوفرجيه - القانون الدستورى والنظم السياسية سنة ١٩٥٩ ص ١٨٨ ، وهوريو - القانون الدستورى والنظم السياسية ١٩٦٧ ص ، وانظر مجلة القانون والاقتصاد وملحق بالفرنسية عن النظام البرلمانى والديمقراطية والدكتاتورية سنة ١٩٣٧ - ص ١٢٧ ، مقالة للدكتور/ عبدالمنعم البدراوى - عن أسس النظام البرلمانى .

ويقوم النظام البرلمانى فى خصوصية ثنائية الجهاز التنفيذى على أساس أن مركز رئيس الدولة فى النظام البرلمانى قائم على فكرة مجازية فهو الحائز للسلطة التنفيذية من ناحية ومن ناحية أخرى لا يباشر سلطانه الا بواسطة وزرائه وترجع هذه الفكرة الى قاعدة عدم المسئولية حيث ان من القواعد الأساسية فى النظام البرلمانى اعفاء رئيس السلطة التنفيذية من المسئولية التى تقع على عاتق الوزراء وقد ترتب على عدم مسئولية رئيس الدولة خصوصا الملك فى الدول الملكية من جهة ومسئولية وزرائه من جهة أخرى قيمتان هامتان ، الأولى انتقال السلطة الفعلية من رئيس الدولة البرلمانى الى وزرائه لأن السلطة تتبع المسئولية والثابت عدم اسطاعته العمل بمفرده ، فلابد من اشتراك أحد وزرائه فى كل عمل يباشر به سلطته حتى يتحمل بذلك مسئوليته ففى دولة ذات تربية سياسية عالية تشبعت بروح العدالة لا يستطيع أن يعمل الا من سئل عن أفعاله ، وعلى ذلك يصرف الوزراء لا رئيس الدولة شئون الحكم فهم الممثلون المباشرون للشعب وليس أمام الرئيس الا الخضوع فالقاعدة اذا فى النظام البرلمانى أن رئيس الدولة لا يباشر سلطته بنفسه بل بواسطة وزرائه وهو ما يعبر عنه فى الدول الملكية بأن الملك يسود ولا يحكم[1].

وطبقا لهذا المنطق فان أحد كبار رجال القانون الغربيين الذين كانوا فى مصر واحتكم له الملك فى خصوص النزاع المثار حول حق الملك فى تعيين الشيوخ وهل هو حق مطلق أم مقيد بموافقة الوزارة فان الفقيه انتهى

---

(١) د/ وحيد رأفت ، د/ وايت ابراهيم - القانون الدستورى ص ٤٩٦ ، وانظر رسالة د/ مصطفى كامل بالفرنسية - النظام الديمقراطى والبرلمانى - الأزمة والعلاج (القاهرة ١٩٣٨ ص١٩٩ ، وانظر د/ أنور الأهوانى - رئيس الدولة فى النظام الديمقراطى - رسالة - القاهرة سنة ١٩٤٥ - ص ٣٥ وما بعدها .

الى عدم أحقية الملك بالانفراد بهذا الأمر نظرا لأن عدم مسئولية الملك هو أساس النظام الدستورى المصرى وأن الملك يتولى سلطاته عن طريق وزرائه وهو مبدأ لا يحتمل أى استثناء من الناحية القانونية ، فاذا استثنى عمل واحد فإن هذا الاستثناء سيصيب النظام الدستورى فى روحه وأساسه[١] .

فرئيس الوزراء هو الحاكم الفعلى الذى يملك سلطة اتخاذ القرارات وليس للملك الا ابداء ملاحظاته وهى توصيات غير ملزمة اذا وجد فيها رئيس الوزراء خيرا أخذ بها وان رأى غير ذلك لم تكن به حاجة الى التهديد بالاستقالة لتعلو كلمته فهذه وسيلة للاكراه غير مجدية لأنه لاتنازع بين ارادتين ولكن هناك إرادة ورغبة أما الارادة فمن جانب رئيس الوزراء وأما الرغبة فمن جانب الملك وليس هذه الرغبة الا نصيحة يصح أغفالها أو الاجابة عليها بلا[٢] ، ولكن اطردت الدساتير الآخذه بالنظام البرلمانى على النص على حقين لرئيس الدولة البرلمانى هما حق تعيين الوزراء وعزلهم وحل البرلمان حلا ملكيا أو رئيسيا فما هو مدى وحدود قدرة الملك أو رئيس الدولة فى النظام البرلمانى على استعماله هذية الحقين ؟

الأصل فى مختلف أنظمة الحكم الديمقراطى أنها تجعل لارادة الشعب الممثلة فى الانتخابات النيابية أساسا لسير نظام الحكم فى البلاد ، أى أن تعتمد أنظمة الحكم على أنها ممثلة لارادة الشعب أو معبرة عنها بقدر الامكان ، وعلى هذا الأساس والمحور الرئيسى تدور صور مختلف أنظمة الحكم الديمقراطى ، برلمانى أو رئاسى ، ونجد تطبيقا لهذا الأساس فى نظام

---

(١) انظر مذكرات البارون دى بوش – عشرون عاما فى مصر – الصادرة سنة ١٩٣٢ – باريس ص٧٢ وما بعدها .

(٢) د/ أنور الأهوانى : المرجع السابق – ص ٤٠ .

الحكم البرلمانى ، فرئيس الدولة فى هذا النظام هو الوسيط بين الناخبين والبرلمان من ناحية وبين البرلمان والوزارة من ناحية أخرى ، فهو ليس حاكما بأمره فارادة الشعب تعلو ارادته فرئيس الدولة البرلمانى ملزم دستوريا بمراعاة حالة الأحزاب فى البرلمان ودعوة زعماء الأغلبية لتولى الحكم ، وخاصة فى حالة حصول أحد هذه الأحزاب على أغلبية كبيرة فى البرلمان ، فلا خيار أمام رئيس الدولة فى اختيار زعيمها للحكم أما فى حالة وجود أحزاب عديدة لم يحصل أيها على أغلبية واضحة تؤهله لتولى الحكم ، فهنا تظهر أهمية دور رئيس الدولة حيث يتمتع حينئذ بسلطة كبيرة فى اختيار رئيس وزرائه[1] ، وكذلك فى حالة استعمال رئيس الدولة حقه فى عزل وزرائه فهو مقيد فى استعمال هذا الحق بفقد الوزارة لثقة البرلمان وفى حالة رغبته فى استعمال حقه فى اقالة الوزارة المتمتعة بثقة البرلمان ، فإنه لن يتسنى له تعيين وزارة أخرى ، لأن البرلمان لن يعطيها ثقته وعليه وجب عليه حل البرلمان واجراء انتخابات جديدة فاذا أدت هذه الانتخابات الى تكوين أغلبية مغايرة للوزارة الأولى ومؤيدة للوزارة الجديدة كان ذلك فوزا لرئيس الدولة وتأييدا لخطته فى عزل الوزارة السابقة ، أما اذا أسفرت الانتخابات عن فوز الأغلبية القديمة مرة أخرى ، وجب على رئيس الدولة النزول على ارادة الأمة ودعوة زعماء الأغلبية القديمة الذين أقصاهم عن الحكم لتأليف الوزارة من جديد[2] . ومن هنا نجد صعوبة استخدام هذا الحق، الا فى الحالات التى يوقن فيها رئيس الدولة من أن الرأى العام سوف يؤيد عزله للوزارة وحل للبرلمان ، لأنه اذا ثبت أن الملك كان مخطئا

---

(١) د/ أنور الأهوانى : المرجع السابق - ص ٧٠ ، د/ وحيد رأفت ود/ وايت ابراهيم - المرجع السابق - ص ٥١ .

(٢) د/ أنور الأهوانى : المرجع السابق - ص ٧١ .

فى استعمال هذا الحق سيهز الى حد كبير مكانته التى حددها له الدستور كحكم بين السلطات وعامل موازن بينها ومن هنا نجد أن استعمال رئيس الدولة لسلطته فى تعيين وعزل الوزراء مقيدة الى حد بعيد بشروط مختلفة ولا يمكن لرئيس الدولة أن يستعملها بناء على سياسة شخصية ولكن وفقا للصالح العام وبشكل يتفق ورغبة البلاد ، فهو لا يستعمل هذا الحق باعتباره ممثلا لسياسه خاصة بل باعتباره حكما بين الاحزاب المختلفة[١].

واذا انتقلنا الى سلطة رئيس الدولة البرلمانى فى حل البرلمان نجد أنها نابعة من ذات الأسس السابقة ، ويقوم بها الملك بصفته حكما بين السلطات لا صاحب سلطة ، وهو ما يعنى أن يعرض على الشعب صاحب الأمر والنهى ما شجر من خلاف بين سلطات الدولة والأصل فيه أن تلجأ الوزارة الى رئيس الدولة طالبة حل البرلمان لاستحالة التعاون بينها وبينه فتستصدر من الملك مرسوما بالحل وهذه الحالة هى المعروفة بالحل الوزارى وهناك الحل الرئاسى أى بناء على ما يراه رئيس الدولة من أن الوزارة والبرلمان أصبحا لا يمثلان الأمة فيلجأ الى اقالة الوزارة ودعوة وزارة جديدة تقوم بحل المجلس ، فحالات الحل ثلاث :

(١) حالة قيام نزاع جدى بين الوزارة ومجلس النواب وعجزت الوزارة عن اقناع المجلس بوجهة نظرها ورأت أنه تجاوز حدود سلطاته فعند ذلك تلجأ الوزارة الى حل المجلس لتعرض النزاع المقام على الشعب .

(٢) حالة وجود خلاف فى وجهتى النظر بين مجلس النواب والشعب نفسه ، فقد تتغير آراء الشعب وميوله السياسية والاقتصادية حينما يظل

---

(١) د/ السيد صبرى : المرجع السابق – ص ٢٣١ .

مجلس النواب على نزعته الأولى وفى هذه الحالة لا يكون الشعب على وفاق مع المجلس ولا تكون الحكومة وهى من زعماء الاغلبية معبرة عن ارادة الأمة وقد يترتب على ذلك نتائج خطيرة اذا ما تناول المجلس تقرير المسائل الحيوية فى البلاد لذا يمكن لرئيس الدولة فى هذه الحالة أن يتدخل بحل البرلمان لاستفتاء الأمة والنزول على ارادتها .

(٣) يمكن استعمال حق الحل فى كل مسألة هامة يتوقف عليها تغيير جوهرى فى نظام الانتخاب أو القانون الأساسى للبلاد .

واذا رجعنا الى أساس النظام البرلمانى من عدم مسئولية رئيس الدولة وجدنا أن حالات الحل المختلفة الأصل فيها أنها وزارية ولا تكون رئاسية الا نادرا جدا ، وفى هذه الحالات يستعملها رئيس الدولة كحكم بين الأحزاب لا صاحب سياسة أو موقف خاص به[١]. وعليه فاساءة استعمال رئيس الدولة لهذا الحق تؤدى فى النهاية إلى تقويض مكانته واهتزازها . بما يجعله ولا سند له فى البقاء بالسلطة ولهذا يذهب الفقهاء إلى أنه فى ملكية ديمقراطية بمعنى الكلمة لا يمكن استعمال حق الحل رئاسيا[٢].

هذه هى أهم سلطات رئيس الدولة فى نظام الحكم البرلمانى وقد عرضنا بشئ من التفصيل لنلفت النظر الى أمرين :

(١) ان هذه القواعد كما عرضناها تعتمد فى حسن قيامها على تغلغل الروح الديمقراطية فى نفوس رؤساء الدولة فى هذه الأنظمة أى أن النص على هذه القواعد فى الدساتير لا قيمة لها اذا طبقت هذه النصوص

---

(١) د/ السيد صبرى : القانون الدستورى ص ٦١٦ .

(٢) د/ أنور الأهوانى - ص ٧٧ وما بعدها - حيث يعرض الفقهاء فى هذا الخصوص .

فى روحها وفلسفتها أيضا فالنص على حق الملك فى تولية وتعيين وزراءه وحل البرلمان يجب أن تكون وفقا لروح هذه النصوص وما ترمى اليه فى النظام البرلمانى .

(٢) ان هذه القواعد لاستخدام رئيس الدولة لسلطاته ، تجد حدها الطبيعى فى النزول على ارادة الشعب ولذلك فان التعبير عن هذه الارادة يجب أن يكون بتهيئة الجو لحرية تعبير الشعب عن ارادته بالانتخابات الحرة النزيهة التى لا تتدخل فيها أى من السلطات ومن هنا كانت القيود الحقيقية على استعمال رئيس الدولة لسلطاته ، هى أن تكون ارادة الشعب متعارضة مع ما ارتآه من حل للبرلمان أو عزل للوزارة . ومن هنا كانت الخشية من حد لاته أمام الشعب واهتزاز مركزه عاملا مؤثرا فى الحد من اساءته لاستعمال سلطاته .

واذا تطرقنا بعد ذلك الى البحث عن الواقع السياسى المصرى فى ظل دستور ١٩٢٣ وسلطة الملك فى اطار بحثنا لدور السطة التشريعية فى الحياة السياسية المصرية فى ذلك الوقت نجد أن الدستور المصرى قد تضمن أسس النظام البرلمانى وأهمها فى خصوص سلطة الملك أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس النواب والشيوخ (مادة ٢٤ من الدستور) ولا يصدر قانون الا اذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك (مادة ٢٥) والملك هو رئيس الدولة الأعلى وذاته مصونة لا تمس وللملك حق حل مجلس النواب (مادة ٣٨) والملك يتولى سلطة بواسطة وزرائه (مادة ٤٨) والملك يعين وزراءه ويقيلهم (مادة ٤٩) واذا حل مجلس النواب فى يجوز حل المجلس الجديد من أجل ذلك الأمر .

اذا تناولنا الواقع العملي لتطبيق هذه النصوص لوجدنا أن أول وأهم أسس النظام البرلماني والقائمة علي أن الملك هو حكم بين الأحزاب وبين السلطات وأنه لا يجوز أن يشارك في الحكم لمجرد رغبته في ذلك وأنه العامل الهام في تنفيذ ارادة الشعب هذا الأساس كان مفتقدا في ظل من تولوا العرش في أثناء سريان دستور ١٩٢٣ ، وحتى قيام الثورة ذلك أن كلا من الملك فؤاد والملك فاروق لم تكن عندهم تلك النزعة الديمقراطية التي تجعل من الملك مراقبا لسير الأمور ومتدخلا بحسبان وقدر للحكم بين السلطات والتقريب بينها على أن هذين الملكين سيطرت عليهما نزعة الحكم والاستئثار به ونظرا الى الدستور كأداة أدت الى تقليص سلطانهما المطلق وترقبا للفرص العديدة للخروج عليه علنا بل ومحاولة إلغائه واستبداله بدستور آخر كما حدث في ظل حكومة صدقي باشا وصدور دستور ١٩٣٠ الذي وسع من سلطات الملك على حساب سلطات البرلمان ولولا ارادة الشعب لما الغي هذا الدستور وعاد دستور ١٩٢٣ ، بعد أكثر من خمس سنوات من الغائه .

والمتتبع لمدى اساءة استعمال الملك لحقه في حل البرلمان وتعيين الوزارة يجد أن تلك الاساءة تتحدد فيما يعرفه الفقه الدستوري بالأزمات الدستورية أو الانقلابات الدستورية(١) التي تمت في هذا العهد .

والأزمة الأولى : تخلص في أنه بعد تولي سعد زغلول باشا رئاسة الوزارة بعد أول انتخابات برلمانية تمت في ظل هذا الدستور ولحصول الوفد

---

(١) انظر د/ ثروت بدوي : القانون الدستوري ص ٢٥٣ وما بعدها ، د/ علي الدين هلال - السياسة والحكم في مصر - المرجع السابق ، وانظر عبدالرحمن الرافعي بك في أعقاب الثورة المصرية جـ١ ، جـ٢ ، وطارق البشري - الحركة السياسية في مصر ١٩٤٥ - ١٩٥٢ ، ود/عبدالعظيم رمضان - المرجع السابق .

على الأغلبية الساحقة في البرلمان وعقب حادث مقتل سير لى ستاك قائد الجيش المصرى وحاكم السودان العام فى نوفمبر سنة ١٩٢٤ وتقدم الإنجليز بمطالب عديدة لا يمكن لأية حكومة وطنية أن تقبلها ومن ثم قدم سعد باشا استقالته خشية أن يتدخل الانجليز عسكريا أكثر مما فعلوا حين احتلوا جمارك الاسكندرية وعلى الفور قبل الملك الاستقالة وقرر تعيين أحمد زيوان باشا كرئيس للوزراء وفى نفس يوم قبول استقالة سعد زغلول قامت وزارة زيوار باشا بتأجيل انعقاد البرلمان شهرا ثم استصدرت مرسوما بحله ، ويرى الفقهاء أن حق الحل ليس مطلقا للسلطة التنفيذية وأنه لذلك لم تتوافر مقتضياته في هذه الحالة السابقة ؛ حيث أن الوزارة لم يحدث بينها وبين البرلمان أى نزاع أو صدام يبرر حل البرلمان ، وكانت هذه سابقة خطيرة فى تاريخ البلاد الدستورى استندت اليها الوزارات اللاحقة للتخلص من مجلس النواب قبل مواجهته كل مرة تشعر فيها أغلبية أعضاء المجلس ليست من حزب الحكومة أو لمجرد خشيتها عدم حصولها على ثقة المجلس وتأييده ومن هنا أساء الملك استعمال حقه فى حل البرلمان[1] .

الأزمة الثانية : بعد أن حل البرلمان وبعد إجراء انتخابات جديدة عام ١٩٢٥ وبالرغم مما شاب هذه الانتخابات من تزييف وضغط جاءت النتيجة لصالح الوفد وفاز بأغلبية مقاعد مجلس النواب ، وتقدمت وزارة زيوار باشا بالاستقالة لعدم حصولها على الأغلبية البرلمانية وبدلا من أن يقبل الملك استقالتها حل مجلس النواب قبل أن يمضى على اجتماعه أكثر

(١) د/ ثروت بدوى : المرجع السابق - ص ٢٥٥ ، ويرى د/ السيد صبرى أن هذا الاجراء كان صحيحا من الوجهة الشكلية ومخالفا لروح المبادئ الدستورية وللأغراض التي من أجلها شرعت سنته . السيد صبرى - المرجع السابق - ص ٦٢٩ .

من ثمانى ساعات وهو ما يعتبر مناقضا لصريح نص المادة ٣٨ من الدستور التى تحظر حل مجلس النواب مرتين لسبب واحد وهو ما يعطى صورة واضحة من دور الملك فى الخروج عن الدستور ويعبر عن الدور الذى يريد القيام به كسلطة حكم حقيقية لا كمجرد مراقب وحكم بين الأحزاب والسلطات.

الأزمة الثالثة : أجريت انتخابات جديدة عام ١٩٢٦ أسفرت عن حصول الوفد على ١٧١ مقعدا والأحرار الدستوريون عن ٢٩ مقعدا وباقى الأحزاب والمستقلون على ١١ مقعدا ، وتكونت وزارة ائتلافية من الوفد والأحرار الدستوريون برئاسة ثروت باشا ثم استقالت هذه الوزارة وتولى النحاس باشا تأليف الوزارة الجديدة ولكن لتكرار الاصطدام بين الوزارة والملك عملا من جانب الأولى على وضع سلطات الملك فى حدودها الدستورية قام القصر بالاتفاق مع بعض الوزراء المشاركين فى هذه الوزارة الائتلافية من حزب الأحرار الدستوريين بالاستقالة من الوزارة وتمت استقالة هؤلاء الوزراء فعلا ، وسارع الملك بإقالة الوزارة بدعوى انهيار الائتلاف وهو قول عجيب أن يكون الوفد متمتعا بالأغلبية الساحقة فى البرلمان ومع ذلك ولتخلف تأييد ٢٩ نائبا من بين أكثر من مائتى نائب يؤدى الى اقالة الوزارة وحل البرلمان بعد ذلك من قبل من أسند اليهم الملك تأليف الوزارة الجديدة وهم حزبى الأحرار الدستوريين وحزب الاتحاد وهو حزب القصر .

وإذ دل هذا على شئ فانما يدل على مدى اهمال جميع الأسس والقواعد الديمقراطية والدستورية وأن حل البرلمان وتشكيل الوزارة لم يكن للشعب فيهما الأثر الكبير فالحل من قبل الملك يأتى دون مراعاة أية ضوابط أو قواعد ثم تقوم الوزارة الجديدة باستعمال شتى الطرق غير

المشروعة لتزييف ارادة الناخبين والوصول الى أغلبية زائفة لها بالبرلمان ثم يقوم الملك أيضا متى شاء ووفقا لسير الأمور بحل هذه البرلمانات واقالة هذه الوزارة أيضا .

الأزمة الرابعة (انقلاب دستورى) : بعد تولى محمد محمود باشا الوزارة وبعد حل مجلس النواب قام بتأجيل انعقاد البرلمان شهرا ثم استصدر أمرا ملكيا فى ١٩ يوليو سنة ١٩٢٨ بحل مجلس النواب والشيوخ وتعطيل الدستور ثلاثة سنوات قابلة للتجديد وهو انقلاب دستورى حقيقى ، أصبحت البلاد تحكم بلا دستور واستمرت الوزارة فى الحكم حتى قدمت استقالتها فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ عهد الملك الى عدلى يكن باشا بتأليف الوزارة الجديدة واستصدرت الوزارة مرسوما ملكيا بانقاذ أحكام الدستور واجراء انتخابات لتشكيل مجلس النواب واعادة مجلس الشيوخ أى أن وقف العمل بالدستور واعادته ثم بارادة ملكية حقا أن هذه الارادة أملتها ارادة الشعب ولكن لوجود قوة أخرى تساند الملك ازاء الشعب وهى قوة الاحتلال كان الشعب فى الواقع يناضل هاتين القوتين وهما أى الانجليز والملك كانا متحكمين فى سير الحياة السياسية والدستورية كما هو واضح فى هذه الأزمة وبعد تولى النحاس باشا رئاسة الوزراء لحصول الوفد على أغلبية ساحقة فى البرلمان ، اضطر ازاء خلافة مع الملك أيضا حول عدة مسائل دستورية كقانون محاكمة الوزراء وتعيينات الشيوخ الذين سقطت عضويتهم وهو ما يبرز أن الملك لم يكن طرفا هامشيا فى الحياة الدستورية بل ان الصدام معه يؤدى الى استقالة أو اقالة الوزارة التى تستند الى برلمان مؤيد من قبل الشعب أى أن قوة الشعب لم تكن تغنى من الأمر شيئا ، فالنزاع هنا لم يتم بين البرلمان والوزارة حول هذه المسائل ولكن بين

الوزارة والملك ، والأصل فى النظام البرلمانى ألا يكون الملك طرفا فى أى نزاع مع سلطته التنفيذية ، لأنه يحكم بها ومن خلالها فكيف يمكن التحدث عن نظام دستورى فى ظل هذا الانتهاك لقواعد الدستور؟ وكيف تستقيل الوزارة الجديدة من البرلمان ولم يمضى على توليها الحكم سوى ستة أشهر؟

الأزمة الخامسة (الانقلاب الدستورى الثانى) : بعد اقصاء وزارة النحاس باشا تولى اسماعيل صدقى الوزارة وقام بتأجيل انعقاد البرلمان شهرا وقام بحل البرلمان بالرغم من أنه لم يقر الميزانية مخالفا نص المادة ١٤٠ من الدستور التى تنص على عدم جواز فض الدورة البرلمانية قبل الفراغ من تقرير الميزانية ولكن سنرى الا قيمة لهذا الدستور لأن هذه الوزارة قامت باستصدار أمر ملكى بالغاء دستور ١٩٢٣ فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٠ ، وحل مجلس النواب والشيوخ واعلان دستور جديد للبلاد هو دستور ١٩٣٠ الذى تضمن عديدا من الامتيازات للسلطة التنفيذية والملك على حساب السلطة التشريعية[(١)]. وأجريت الانتخابات وفقا لهذا الدستور الجديد واستخدمت وسائل القصر والتزييف حتى حصل الحزب الذى أنشأته الوزارة على الأغلبية مؤتلفة من حزب الاتحاد واستمر هذا الوضع قرابة ثلاث سنوات أى أطول مدة حكمت فيها وزارة ، أو ظل فيها برلمان دون حل فى ظل دستور ١٩٢٣ أى أنه فى ظل الدستور لم يشارك الشعب أو ممثليه فى وضعه ، وانما وضع بارادة ملكية صرفه متحديه ارادة الناخبين ومشاعرهم وعاشت حكومة هذا الدستور أكثر مما عاشت أية حكومة وطنية

---

(١) انظر تحليلا لهذا الدستور فى كامل ليلة - المرجع السابق - ص ٣٢٠ ، د/ السيد صبرى - المرجع السابق - ص ٢٨٥ ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى - المرجع السابق - ص ٣٤٠ ، وملاحظات د/ ثروت بدوى عليه - القانون الدستورى - المرجع السابق - ص ٢٦٣ .

تولت الحكم وفقا للدستور الذى ارتضته الأمة ودافعت عنه مما يجعل الملك كسلطة له مركزا يساوى بل يفوق مركز الشعب وفقا للنظام السياسى الموجود آنذاك وهو ما يجعل كل حديث عن القواعد الدستورية عديمة الفائدة.

الأزمة السادسة : بعد عودة العمل بدستور ١٩٢٣ بناء على ضغط الارادة الشعبية وتضامن الأحزاب صدر الأمر الملكى فى ١٩٣٥/١٢/١٢ بعودة العمل بهذا الدستور وأجراء الانتخابات وحاز الوفد على أغلبية كبيرة فيها ، وشكل مصطفى النحاس وزارته الثالثة واصطدمت الوزارة مع الملك فى عدة أمور أيضا مما أدى الى تقديمها لاستقالتها ، ويعتبر من نافلة القول أن نردد ما سبق وأوضحناه من أن هذه الاضطرابات المتكررة مع الملك لتدخله السافر فى شئون الحكم بهدم أساس الدستور البرلمانى ويتضح هذا من معرفة أن هذه الاضطرابات بين الملك والوزارة الوفدية كانت دائما أمور تعدها الوزارة من اختصاصها ، وهو ما يؤيدها فيه الفقهاء فعلا[1]، لأنه لا خلاف على أن الملك غير مسئول ومن ثم فلا أساس لاعطائه سلطة حقيقية ، وأنه يتولى سلطته بواسطة وزرائه وهو ما أدى الى اقالة الوزارة ، وتأليف محمد محمود باشا لوزارته وحل البرلمان لاجراء انتخابات مزيفة وحصوله على الأغلبية البرلمانية ، وهكذا تدور الحياة السياسية فى مثل هذه الدائرة المفرغة ومما يؤكد هذه النزعة الى الحكم المباشر من جانب الملك هو ما تذرع به لاقالة هذه الوزارة ، فهذه الوزارة تولت الحكم فى ٣ مايو ١٩٣٦ وحتى ٣١ يوليو ١٩٣٧ تولى

---

(١) انظر هذه المسائل التى يؤيد د/ السيد صبرى وجهة نظر الوزارة فيها - السيد صبرى - المرجع السابق - ص ٦٣١ وما بعدها بالهامش .

الوفد الحكم نظرا لحصوله على أغلبية كبيرة فى البرلمان ، وبعد وفاة الملك فؤاد قدمت هذه الوزارة استقالتها للملك فاروق فأعاد الملك تكليف النحاس باشا بتشكيل الوزارة ، وعندما اختلف معه حول مسألة تعيين الموظفين وعزلهم وتعيين الشيوخ ومنح الرتب والنياشين وتعيين كبار موظفى السراى، وتمسك الوفد بصحيح روح الحكم البرلمانى فى أن هذه المسائل تتم عن طريق الوزارة وأحرج الملك الوزارة بعدم توقيعه للمراسيم التى تقدمها الوزارة كمشروعات القوانين للبرلمان مما عطل اعمالها ثم أقالها وكان ذلك فى ٢٠ ديسمبر ١٩٣٧ ذكر فى خطاب الاقالة ، أن سببها أنه نظرا لما اجتمع لدينا من الأدلة على أن شعبنا لم يعد يؤيد طريقة الوزارة فى الحكم وأنه يأخذ عليها مخالفتها لروح الدستور وبعدها عن احترام الحريات العامة وحمايتها وتعذر ايجاد سبيل لاصلاح الأمور على يد الوزارة لم يكن هناك بدا من أقالتها[1] .

ومن هنا نلاحظ أن الملك استند الى أن الشعب لم يعد يؤيد الوزارة مع أن الخلاف كان بينه وبين الوزارة ولم تكن هناك من الدلائل التى تشير من قريب أو بعيد الى رغبة الشعب هذه ، وهكذا تتضح مدى الشكلية فى تنفيذ القواعد الدستورية بما أفقدها كل معنى ومضمون وأن الوزارة والبرلمان الشعبى والمؤيدين من الشعب تأييدا كبيرا أصبح الملك يرى أن الشعب لم يعد يؤيدها ، أى أن الملك قد أصبح معبرا عن ارادة الشعب وهو أمر غريب .

الأزمة السابعة : بعد حل البرلمان على النحو السابق تولى محمد

---

(١) انظر نص الخطاب فى د/ السيد صبرى - المرجع السابق - ص ٦٣٥ بالهامش ، وانظر عبدالرحمن الرافعى على فى اعقاب الثورة جـ٢ ص ٢١٠ .

موحود باشا الوزارة وأجل انعقاد البرلمان شهرا ثم حله وقام باجراء انتخابات استخدم فيها كل ما أوتى من قوة للحصول على أغلبية فى البرلمان ونجح فى ذلك بتزوير الانتخابات وتمزيق الدوائر الانتخابية وتتابعت بعده وزارات الأقلية وذلك حتى وقوع حادثة ٤ فبراير سنة ١٩٤٢ وعودة الوفد الى الحكم ثم لم يلبث الملك أن تحين الفرصة وقام فى عام ١٩٤٤ باقالة الوزارة ، وتذرع الملك فى ذلك برغبته فى أن تحكم البلاد حكما ديمقراطيا مبنيا على المساواة بين المصريين ورغبة فى ايجاد حكومة تعمل على توفير الغذاء والكساء للشعب[١] ولقد يبدو ظاهرا أن هذه الاقالة لا تثريب عليها ما دامت تعيد الأمر الى الشعب فى الانتخابات ولكن اذا تكشف لنا أنه ما من مرة يتم فيها حل البرلمان الوفدى الا عملت الوزارة المكلفة باجراء انتخابات جديدة الى التدخل فى سير الانتخابات بشتى الطرق للحصول على أغلبية فى البرلمان ويبدو هذا ظاهرا فى نتائج الانتخابات التى تشير العجب لتغير أراء هيئة الناخبين بين هذا الحزب أو ذاك فى فترة زمنية وجيزة وكان الناخبين فى مصر تتغير آرائهم فى الاحزاب دون مبرر أو سبب معقول ومن هنا تكتمل المعادلة « معادلة اتخاذ قواعد الدستور ستارا يغطى دور الملك الحقيقى فى حكم البلاد عاما مباشرا وتوالت حكومات الأقلية حتى تولى الوفد الحكم بأغلبية كبيرة فى عام ١٩٥٠ .

وقبل أن نضع تحليلا دقيقا للوضع السياسى فى ذلك العهد ودور البرلمان فى هذه الحياة السياسية ، يجب أن نعرض للقوة الأخرى التى كانت السند الحقيقى للمساهم الأول فى انهيار الحياة الدستورية وهو الملك وهذه القوة هى قوة المحتل الأجنبى .

(١) انظر نص الاقالة فى د/ السيد صبرى - المرجع السابق - ص ٦٣٩ بالهامش .

الفرع الرابع

دور الانجليز فى الحياة السياسية

يخطئ كثيرا من يتجاهل دور الانجليز فى الحياة السياسية بل وفى التأثير على السلطة التشريعية فى بعض الأحيان ، أى أن تدخلها فى الحياة السياسية كان بطريقتين ، أحدهما خفى وهو ما يتمثل فى موافقة أو رفض الانجليز لما قام به الملك من حل البرلمان واقتراح من يتولى الوزارة فى صورة نصيحة له الدور الظاهر وذلك بالتدخل المباشر والعلنى لاملاء ارادتها عليه أو على القوة السياسية الحاكمة والمتمثلة فى الوزارة القائمة.

ولم يكن دور الانجليز خافيا على كثير من الفقهاء المصريين ، فمنذ ثورة ١٩١٩ وارسال انجلترا للجنة ملنر لتحقيق أسباب الاضطرابات المصرية وما دار فى مجلس اللوردات من مناقشات حول مهمة هذه اللجنة التى ظهر أن من مهامها هو اقتراح دستور يتناسب مع حالة البلاد ، وعليه انتهى بعض الفقهاء الى أن ظهور الدستور لم يكن سوى نتيجة مجهود داخلى وارادة خارجية[١].

ففى أعقاب اغتيال سيرلى ستاك فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ وعندما رفضت وزارة سعد زغلول الاستجابة لمطالب الانجليز احتلت القوات البريطانية جمرك الاسكندرية كوسيلة للضغط على الوزارة التى اضطرت للاستقالة .

ومن مظاهر تدخل الانجليز فى الحياة السياسية المصرية ما قام به السفير البريطانى فى مايو ١٩٢٧ عندما زار محافظة المنيا وخطب فى

---

(١) د/ السيد صبرى : المرجع السابق - ص ٣٠٣ .

المحتفلين به وذكر لهم اهتمام الحكومة الانجليزية برفاهية الفلاحين المصريين وسعادتهم مما يمثل تدخلا صريحا فى شئون البلاد الداخلية وما يعرف فى هذه السنة ١٩٢٧ - ١٩٢٨ بأزمة الجيش وهى الأزمة التى نتجت عن اعتراض الانجليز على تقرير قدمته اللجنة الفرعية التى شكلتها اللجنة الحربية لمجلس النواب لابداء رأيها فى ميزانية الجيش وتضمن التقرير بعض المقترحات لاصلاح الجيش واعتراض الانجليز على هذه المذكرة وتقدم السفير البريطانى بمذكرة فى ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ للوزارة المصرية التى كان يرأسها ثروت باشا آنذاك تضمنت مجموعة من الاجراءات تستهدف بقاء الاشراف البريطانى على الجيش المصرى واقترنت هذه الطلبات بمظاهرة عسكرية كتوجه بعض الطرادات البريطانية الى الاسكندرية ، مما أدى بالوزارة الى قبول هذه المطالب مما دعا واحدا من كبار الكتاب الى القول بأنه ليذهب الدستور الى حيث شاء به الانجليز ان كانوا لا يريدون من بقائه إلا أن يحكموا هم علانية وسرا ويحمل هو التبعة كلها أمام البلاد والدول الأجنبية[١].

والمتتبع للرسائل التى كان يرسلها السفير البريطانى لوزارة الخارجية الانجليزية بعد معاهدة ١٩٣٦ يجد صورا واضحة لمدى هذا التدخل وحدوده[٢] وتصور هذه الوثائق مدى الاهتمام بالوزارة ومجلس النواب

---

(١) عباس محمود العقاد رجل الصحافة ورجل السياسة - تأليف راسم محمد الجمال - ص ١٠٧ ، وانظر تفاصيل أزمة الجيش فى تاريخ الوزارات المصرية ص ٣٠٩ ، د/ على الدين هلال الحكم والسياسية فى مصر ص ٢٥٦ ، وفى خصوص تدخل الانجليز فى الحياة السياسية ، انظر (مرجع عام رسالة ماجستير - مقدمة لكلية الاقتصاد والعلوم السياسية سنة ١٩٧٣ - جامعة القاهرة) اجلال محمود رأفت - انماط التدخل البريطانى فى السياسة المصرية سنة ١٩٢٢ الى سنة ١٩٤٥ .

(٢) يعتبر كتاب مصر والحرب العالمية الثانية الصادر عن مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية =

وتحليل لمواقف القوى المتصارعة المختلفة[١]، ووصفه المعارضة بأن مواقفهم تنبع من اعتبارات شخصية وانه ليس لزعماء المعارضة شعبية حقيقية، وهو شخصيا لا يعبأ بهم وهم لا يثقون بعضهم ببعض[٢]. كما تعبر عن ترددهم بين تأييد الوفد أو الملك وخشيتهم من أن الوفد لو ازداد قوة لوضع العرش تحت رحمته وتهدد بقاء الأسرة المالكة وكان ذلك بمناسبة بحث الانجليز عن حكومة يستطيعون الاعتماد عليها لتنفيذ معاهدة ١٩٣٦ تنفيذا يبقى لهم السيادة في مصر[٣]، وتحليلهم لمدى استعمال سلطات الملك الدستورية فعندما أقال الملك وزارة النحاس باشا في ١٩٣٧/١٢/٣٠ كتب السفير البريطاني معلقا أنه لا توجد مخالفة محددة من جانب الملك لنص مكتوب أو عادة دستورية قد أرسيت يمكن اتباعها وانما روح الاتجاه العام للملك هي التي تخالف الدستور[٤]، وأوضح السفير بجلاء أن حكومة بريطانيا ليست مسئولة بحال من الأحوال عن المحافظة على الدستور واهتمامها باتباع قواعد الدستور في مصر منشأة ضرورة ألا تقوم في مصر حالة من الاضطراب والفوضى ما قد تلحق بانجلترا الضرر[٥].

هناك أيضا النصف الثاني من يونيو سنة ١٩٤٠ وما يمكن تسميته

= من مؤسسة الأهرام - مرجعا وافيا في هذا الشأن، حيث أورد المؤلفون نصوص الرسائل المرسلة من السفير البريطاني الى وزارة الخارجية وذلك بعد سماح الوزارة بذلك ..

(١) انظر ص ٣٨ من المؤلف سالف البيان، حيث يحلل السفير البريطاني موقف حزب الوفد داخل البرلمان من أنه لا يزال يحتفظ بزمام الموقف وضعف أحزاب الاقلية ازاء طاعة الهيئة الوفدية البرلمانية العمياء لالتزامها الحزبي .

(٢) ص ٤٧ - المرجع السابق .

(٣) ص ٥٢ - المرجع سالف البيان .

(٤) ص ٥٨ - المؤلف سالف البيان

(٥) انظر مذكرة السفير البريطاني المفصلة عن كيفية حكم مصر من قبل الانجليز بعد المعاهدة - ص ٥٠، المؤلف سالف البيان .

بحادثة ٤ فبراير الصغيرة حيث وضع البريطانيون هدفا أمامهم يتمثل فى السعى لاخراج على ماهر من الوزارة ، ومن الديوان الملكى وكانت وجهة نظر بريطانيا أن يكون هناك رئيس وزراء غير وفدى ولكنه يتمتع بثقة الوفد ويقع ذلك بالضغط على الملك لاحراج على ماهر سواء كان ذلك بالتلميح له بإحتمالات التدخل العسكرى أو التلويح بإمكانية فرض الأحكام العرفية من قبل بريطانيا وأخيرا التهديد بانزاله من على العرش وحقق هذا التهديد هدفه وأقال الملك وزارة على ماهر وعهد الى حسن صبرى باشا بتشكيل الوزارة (تاريخ الوزارات المصرية ص ٤٢١) ، وأخيرا فان تدخل انجلترا السافر قد وضح عندما تدخل السفير البريطانى مؤيدا من قبل الجيش الانجليزى فى مصر وحاصرت الدبابات قصر عابدين وأرغمت الملك على تولية النحاس باشا الوزارة نظرا لظروف الحرب وحاجة بريطانيا فى هذا الوقت الى وزارة شعبية حتى تضمن عدم تحرك الشعب المصرى ضدها فى ظروف الحرب وهو ما يعرف بحادثة ٤ فبراير ١٩٤٤ .

والمتأمل لهذا الوضع من قبل انجلترا يستطيع ان يكتشف بسهولة سبب استهتار الملك بالدستور والحياة النيابية ، ألا وهو تأييد الانجليز له فى مواجهة الوفد القوة الشعبية الأولى ، وأنه لولا مساندة الانجليز له لما استطاع البقاء فى الحكم مع انتهاكه للدستور وان القاء التبعة على أحزاب الأقلية لن يغنى من الأمر شيئا لأنه لا حول لها ولا قوة بدون اسناد الملك الوزارة اليها واطلاق سلطتها في تزييف الانتخابات واصدار الدستور وعليه فان الملك والانجليز هما السببان الرئيسيان لانهيار الحياة السياسية فى مصر فى ظل دستور ١٩٢٣ وليست الأحزاب بالسبب الرئيسى أو حتى الهامشى فى ذلك ، ولذلك فإن أعظم تلخيص للحياة السياسية فى ذلك

العهد هو ما انتهى اليه أحد كبار محللى هذه الفترة من أن المشكلة الدستورية فى مصر كان لها جانبان هما حدود سلطات الملك ومدى الحرية المتاحة للجماهير والجانبان مرتبطان حسبما يلاحظ من تتبع الصراع السياسى خاصة منذ العمل بدستور ١٩٢٣ ، فحيث انفسح المجال لسلطات الملك قيدت حرية الشعب والعكس صحيح والحرية المقصودة هنا هى الحرية بمعناها التقليدي خاصة حرية الصحافة والاجتماع وكان تولى الوفد الحكم يعنى الشروع فى الحد من سلطة الملك والافساح لحركة الجماهير وراء الوفد على أن المعركة لم تتحسم قط فالوفد لم يستقر فى الحكم فى أى مرة من مرات وصوله اليه وسلطة الملك لم تتلاش فى أى من هذه المرات ولا تحقق تماما المبدأ الدستورى بأن الملك يملك ولا يحكم والحرية لم تتح كاملة للجماهير ولا تحقق تماما المبدأ الدستورى الأمة مصدر السلطات(١).

---

(١) طارق البشرى : الحركة السياسية فى مصر ١٩٤٥ - ١٩٥٢ ص ٣٣٦ ، وانظر عالم المعرفة - تحولات الفكر والسياسة فى الشرق العربى ، المجلس الوطنى للثقافة بالكويت سنة ١٩٧٥ ص ٨٣ ، تدخل الانجليز فى الحياة السياسية المصرية .

المبحث الثانى

العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية

من هذا العرض السابق للواقع السياسى فى مصر فى ظل دستور ١٩٢٣ يمكننا بسهولة أن نصل الى أن الواقع السياسى ، كان مغايرا تماما بروح ونصوص الدستور القائم وما الدستور الا اطارا لنظام الحكم ولا يمكن الحكم علي مدى احترامه الا بتتبع هذا الواقع السياسى وهو الواقع الذى يظهر لنا بجلاء مدى ضعف السلطة التشريعية ازاء السلطة التنفيذية ونعنى هنا بالسلطة التنفيذية سلطة الملك لأن الملك هو الذى يعطى بتأييده لأحزاب الأقلية واطلاق العنان لها فى اجراء الانتخابات القوة للوصول للحكم وتشكيل الحكومة بغير تأييده لن يتسنى لهذه الأحزاب أن تتولى الحكم وعليه يمكن تلخيص وضع السلطة التشريعية فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بأنه بدلا من أن تنبثق الوزارة عن البرلمان فان البرلمان انما يأتى نتيجة وجود الوزراه سواء كانت وزارة أحزاب الأقلية أو الوزارة المحايدة التى تجرى الانتخابات بل ان الوضع بلغ فى ظل دستور ١٩٣٠ على حد قول المؤرخين أنه بدلا من أن ينبثق البرلمان عن الدستور وتنبثق الوزارة عن البرلمان فان الدستور (دستور ١٩٣٠) انبثق عن الوزارة التى تقوم بدورها بتأليف برلمان على المقاس لها وللدستور الجديد[١].

ومن هنا نستطيع بجلاء أن نتفهم لماذا لم يحدث فى ظل هذا الدستور أن البرلمان سحب ثقته من أى من الوزارات المختلفة وأدى ذلك الى اقالتها

---

(١) د/ عبدالعظيم رمضان : تطور الحركة الوطنية فى مصر ص ٧٥٠ .

بل العكس كان صحيحا ، فالوزارة التي تخمن أن البرلمان لم يكون مؤيدا لها تقوم باستصدار مرسوم بحله ومن هنا لم يكن البرلمان هو محور النشاط السياسى كما هو الأصل فى الديمقراطيات التقليدية .

ومن الناحية النظرية فان دستور ١٩٢٣ نص فى المادة ٢٤ منه على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب وتنص المادة ٢٥ على أنه لا يصدر قانون الا اذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك .

ولكن الحديث عن البرلمان من الناحية النظرية يصطدم بهذا الواقع الذى سردناه سابقا والذى يظهر منه أن فترات حل البرلمان وتولية أحزاب بناء علي انتخابات مزيفة بل وفترة وقف العمل بالدستور ذاته سواء قبل دستور ١٩٣٠ وبعد صدوره والتى تبلغ حوالى ست سنوات يمكننا أن نبين أن النصوص الدستورية لا قيمة لها مالم تحترم نصا وروحا ولا يمكن الحكم على نشاط السلطة التشريعية من خلال النصوص المحددة لسلطاتها فى الدستور .

وبالرغم من أن بعض معاصرى هذه الفترة وممن شاركوا في ممارسة الحياة السياسية قد عبر عن هذا التناقض بين المبادئ الدستورية وبين الواقع الذى تطبق فيه حيث انتهى الى أنه بعد مدة طويلة من وجود الدستور والنص على أن الأمة مصدر السلطات وتكرار ذلك في الصحف آلاف المرات فان الظاهر للعيان أن رجال الحكومة يشعرون بأنهم لا يستمدون سلطتهم من الأمة ولا من القانون بل على العكس فهم مسلطون على الأمة يوجهونها وفقا لارادتهم ولا يتجهون وفق ارادتها والشعب اذ يسمع حديثا

عن اصلاح شئونه حسب ذلك من قبيل القصص الذى يتلى عليه لتلهيته وخيل اليه أن ما هو فيه قدر مختوم لا يستطيع أحد له تحويلا ولا تبديلا وعلة هذه الحالة هى الجهل من ناحية والاستبداد الذى رزحت تحت نيرة الأمة أجيالا متعاقبة من ناحية أخرى[1].

واذا كان كثير من الفقهاء قد أخذوا فى تحديد أزمة النظام الديمقراطى فى ظل دستور ١٩٢٣ وتعرضوا لكل من الملك والأحزاب أقلية أو أغلبية والانجليز والظروف الاقتصادية للبلاد[2]، إلا أن النظرة الواقعية المحايدة لظروف سريان هذا الدستور تجعل وجود ملك مؤيد من قوات الاحتلال يستطيع العبث بهذا الدستور وأن الأمة لم تكن لها الكلمة الفصل فى اختيار حكامها فى كثير من الأوقات ولذلك فان كثيرا ممن نعوا على ا لنظام الحزبى وأرجعوا اليه أحد أسباب انهيار الديمقراطية فى ظل هذا الدستور قد تجاهلوا أن أى نظام ديمقراطى لا يستطيع أن يقوم بغير الأحزاب وأن النظام الحزبى ليس بمسئول عن قيام سلطة غير شعبية تسند الحكم لأحزاب الأقلية حتى لتنقلب أساس النظام الديمقراطى رأسا على عقب فتحكم البلاد أقلية كما أن مؤاخذة الأحزاب على تلهفها للحكم لا محل له أيضا لأنها قامت أساسا لتصل اليه ولكن ما يمكن أن ترجع اليه أسباب انهيار الديمقراطية فى ظل هذا الدستور حقا هو تخلف الروح الديمقراطية الحقة وان كانت عبارة التخلف غير معبرة بدقة عن حقيقة الاحساس بها فى

---

(١) د/ محمد حسنين هيكل : جـ٢ من ذكراته ص ٨١ ،مع العلم بأنه أحد أقطاب الحزب الذى كان سند الملك فى كثير من انقلاباته على حزب الأغلبية وهو حزب الوفد ، فقد كان رئيسا لحزب الأحرار الدستوريين .

(٢) انظر د/ ثروت بدوى : القانون الدستورى – المرجع السابق – ٢٧٤ ؛ د/ على الدين هلال – ص ٢٦٠ وما بعدها ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى – ص ٣٤٠ وما بعدها .

ذلك الحين ، فمما لا ريب فيه أن للديمقراطية مناخا يجب أن تعمل من خلاله مهما كانت من دساتير أو نظم أو قواعد لن يتسنى لها أن تنطبق الا بالمناخ والروح الديمقراطية ذاتها عند الحكم والمحكوم على السواء ، هذه الروح الديمقراطية اصطدمت أول ما اصطدمت برغبة الملوك فى الحكم ووجود من يساندهم فى ذلك متمثلا فى الاحتلال وما أحزاب الأقلية الا أدوات لتنفيذ هذه الرغبة حتى أن القصر عندما أراد حزبا لم يجد صعوبة فى ذلك ونشأ حزب الاتحاد وشارك فى الحاكم فى كثير من الوزارات ولذلك يمكن القول أن المناخ الديمقراطى أو الروح الديمقراطية قد تطورت وتمت فى ظل دستور ١٩٢٣ ، وبلغت قمة نضوجها قبل قيام الثورة بحيث أتت الثورة لتجد الشعب مهيأ ومتسعدا لها ، حيث بلغت البلاد فى ظل حكومة الوفد الأخيرة التى تولت الحكم عام ١٩٥٠ قدرا كبيرا من النضوج والفهم ومحاولة فرض ارادة الشعب وبلغت عناصر الديمقراطية أوجها فى ظل هذه الفترة فى حرية للصحافة والاجتماعات والمناقشات البرلمانية بل والمعارضة البرلمانية من قبل أعضاء الوفد فى مجلس النواب لمشروع قانون مقيد لحرية الصحافة أرادت حكومة الوفد ذاتها أن تمرره فى البرلمان واضطرتها المعارضة الى سحب مشروع القانون الذى قدمه أحد أعضاء الوفد فى البرلمان حتى لا تجد الحكومة نفسها فى هذا الموقف فالشعب فى ظل دستور ١٩٢٣ تطورت مفاهيمه الديمقراطية تدريجيا والخطأ الرئيسى لحزب الأغلبية هو عدم تكريسه الجهد الأكبر لانماء هذه الروح وادكائها ولكن عذره ما كان فيه من معارك مع الملك ومع الانجليز ومع أحزاب الأقلية ويمكن القول أن حرية الصحافة ساهمت الى حد بعيد فى انماء هذه الروح

الديمقراطية التى وصلت الى أوجها قبل الثورة مباشرة فيما قامت به الصحف المختلفة من هجوم مباشر على الملك[1] .

وما تمسكت به هذه الديمقراطية من المحافظة على استقلال القضاء بل واعطاء القضاء حق الفصل فى الطعون الانتخابية بدلا من البرلمان وفقا لما يسمح به الدستور من تعويض البرلمان لمحكمة النقض فى ذلك ويقيننا أن هذه الروح وهذه الأسس الديمقراطية هى المكسب الحقيقى فى ظل دستور ١٩٢٣ ، وهذا المكسب يصعب جدا أن يتم بين يوم وليلة وأن التجربة الديمقراطية فى مصر كانت عند قيام الثورة فى حاجة الى اصلاح يقوم ما انعوج منها ، فبخروج الانجليز والملك واعلان الجمهورية كان الجو مهيأ تماما فى ظل هذا الاهتمام بالسياسة والاحساس من قبل الشعب بقيمته فى انتخاب حكامه هذه العوامل كانت من الممكن أن تتيح حياة ديمقراطية سليمة ولكن المسارعة الى هدم كل ما يمت الى الحياة السياسية فى ظل هذا الدستور ومحاولة ايجاد نوع آخر من أنظمة الحكم الديمقراطى أنهت هذه الروح الديمقراطية التى كانت قد بدأت تستيقظ ودفع الشعب ثمنا باهظا فى تجارب سياسية لم تنجح وعاد الى نظام الأحزاب وأسس الديمقراطية لتقليدية ولكن بعد أن ماتت الروح الديمقراطية وأصبح الجو السياسى فى حاجة الى ايجاد وخلق مناخ وروح ديمقراطية جديدة حتى يتسنى لهذه الديمقراطية أن تعيش ولكن ذلك سيستغرق بالطبع بعضا من الوقت . والديمقراطية وان كانت قد وجدت لدى الشعب ذاته وفقا للعوامل التى ذكرناها آنفا ، الا أنها لم تكن موجودة لدى الحكام بنفس الدرجة مما أدى الى عدم قدرتها على التقدم والرقى بالبلاد الى حياة سياسية سليمة .

(١) انظر دور جمعية مصر الفتاة فى هذا الصدد ، فى طارق البشرى - المرجع السابق - ص. ٣٥.

ومن هذا التحليل لمركز السلطة التشريعية ودستور ١٩٢٣ يحق لنا الحديث عن حالات وامكانيات الانحراف التشريعي في ظل هذا الدستور وفي ظل النتيجة التي انتهينا اليها من تحليلنا لمركز السلطة التشريعية في ظل هذا الدستور وهو ما يمكن القول فيه بخضوعها للسلطة التنفيذية وفقا للتحليل السابق هو الخضوع الذي لازمها (السلطة التشريعية) في علاقتها بالسلطة التنفيذية بعد ذلك وهو ما أدى إلى انهيار التوازن بين السلطات وهو الانهيار الذي تعاني منه البلاد حتى وقتنا هذا بالرغم من تعاقب الدساتير المختلفة عليها .

الفصل الثانى

السلطة التشريعية

والإنحراف التشريعى

سبق وأوضحنا طرفا من الأسس والاعتبارات التى يمكن أن تجعل الجو مهيأ لقيام الانحراف التشريعى ويمكن القول ان الانحراف يحتاج فعلا حتى يستطيع الظهور الى عدة أمور أولها أن يكون النظام أخذاً بمظاهر الديمقراطية التقليدية وأهم مظهر فيها ، هو مركز السلطة التشريعية كمحور للنظام السياسى أى أن تكون السلطة التشريعية وما تصدره من قوانين ، هى أداه الحكم الرئيسية ، أى ليس شرطا أن يكون مركز السلطة التشريعية غالبا ومسيطرا على السلطة التنفيذية ، ففى اطار من نظام ديمقراطى هناك فصل بين السلطات وعليه فإن مقتضى هذا الفصل فى أى نظام ديمقراطى أن تصبح السلطة التشريعية بما تملكه من سلطة اصدار القوانين وما تحتله فى تدرج القواعد القانونية من مرتبة أعلى من القرارات الادارية أن تصبح الحياة السياسية متأثرة بما يصدر عن هذه السلطة التشريعية من قوانين وأساس هذا الأمر أنه فى حالة ضعف السلطة التشريعية وسيطرة السلطة التنفيذية عليها أو فى حالة عدم وجودها تصبح أداة الحكم الرئيسية ، هى ما تصدره السلطة التنفيذية من مراسيم بقوانين أو قرارات بقوانين ولا تحتاج الى بحث الانحراف التشريعى فالانحراف بالسلطة يغنينا فى هذا المقام ولا يمنع هذا من قيام الانحراف التشريعى بالطبع ولكن يجعله أداة نادرة الاستخدام والصورة المثلى لامكانية وجود الانحراف التشريعى هى أن تكون السلطة التشريعية فى مصر هى محور الحياة السياسية

والدستورية وتحتاج السلطة التنفيذية الى التأثير عليها لاصدار قوانين قد تنطوى على عيوب دستورية ، ومنها الانحراف وتستغل السلطة التنفيذية ذلك مما لها من أغلبية برلمانية حتى تتهيأ الفرصة للانحراف التشريعى للظهور يجب أن يكون هناك حزب صاحب أغلبية ضخمة فى البرلمان يستطيع بمجرد موافقة أعضاؤه النواب بالبرلمان تمرير أى مشروع قانون مع ما ينطوى عليه من أخطاء دستورية وفقا لما يمليه الالتزام الحزبى على أعضاء الحزب البرلمانيين ولعدم وجود معارضة قوية للحزب فى البرلمان .

وحتى يتسنى للانحراف التشريعى أن تتوافر له عوامل الظهور يجب أن تكون هناك رقابة رأى عام ولو فى صورة بسيطة تنميها حرية الصحافة والاجتماع ووجود قضاء مستقل يراقب دستوية القوانين ، ففى حالة عدم وجود رأى عام وعدم وجود حرية للصحافة أو للاجتماع قد يلجأ البرلمان الى المخالفة الصريحة بدلا من المخالفة الضمنية كما أن عدم وجود سلطة قضائية مستقلة أو غير مختصة بمراقبة دستورية القوانين يتهيأ الجو للمخالفة الصريحة للدستور ولا حاجة اذن الى المخالفة الضمنية .

وكل ما سبق من اقتراحات لا يلزم على الاطلاق اجتماعها فاجتماعها يجعل فرص الانحراف أكبر بالطبع ولكن يلزم على الأقل وجود بعض منها حتى يتسنى أن توجد حالات الانحراف التشريعى وهذه الشروط ليست جميعا بنفس الدرجة من القوة فوجود أحدها واقعيا قد يؤدى الى امكانية وجود الانحراف فوجود حزب صاحب أغلبية ضخمة فى البرلمان يعتبر عاملا أساسيا لوجود الانحراف أما فى حالة ائتلاف أحزاب ذات أغلبية متقاربة يؤدى الى عدم امكانية ظهور الانحراف ولا يمنع من وجود

مخالفات دستورية صريحة ولكن يكون ذلك عن فهم خاطئ لبعض نصوص الدستور لا عن نية مبيتة لمخالفته .

كما أن عدم توافر حرية للصحافة واستقلال للقضاء يقلل من فرص الانحراف ولكن لا يمنعه واختصار يمكن القول أن توافر هذه العوامل يؤدى الى تهيئة المناخ تماما لظهور عيب الانحراف التشريعى وفى تقييمنا لامكانيات الانحراف فى ظل الدساتير المختلفة سيكون مدى توافر هذه العوامل كلها أو بعضها هو محور بحثنا .

فاذا تناولنا الواقع السياسى لدستور ١٩٢٣ فى مصر والذى سبق وأوضحناه وبحثنا عن امكانيات وجود الانحراف التشريعى أو بعضها لوجدنا أن هناك بعض امكانيات الانحراف التشريعى فى حالات وصول حزب الوفد الى الحكم ويصاحبه أغلبية برلمانية كبيرة لا يمكن أن تجدى أمامها معارضة برلمانية بالاضافة الى توافر بعض الحريات التقليدية السابق بيانها فى ذلك العهد كحرية الصحافة والاجتماع ووجود رأى عام وأن كانت قوته محدودة ولكن كانت هناك عناصر أخرى كانت موجودة فى الواقع السياسى وأدت الى تقليل فرص وجود الانحراف التشريعى ومنها وجود الملك كطرف ينتهز كل فرصة للخلاص من الوفد ونوابه فى البرلمان مما يجعل الوفد حذرا فى عدم ارتكاب مخالفات دستورية فى صورة انحراف تشريعى بالاضافة الى قلة المدد الى تولى فيها الوفد الحكم ، كما أن هناك عاملا أساسيا ، ألا وهو أن السلطة التشريعية لم تكن محور الحياة السياسية فى ذلك العهد بل أن السلطة التنفيذية كانت لها الغلبة الواضحة عليها بجعل احتمالات الانحراف التشريعى ضعيفة ، فاذا تتبعنا أدوار انعقاد مجلس النواب نجد أن الهيئة النيابية الأولى كان دور الانعقاد الأول

من ١٥ مارس ١٩٢٤ حتى ١٠ يوليو ١٩٢٤ ، ودور الانعقاد الثانى من ١٤ نوفمبر حتى ٢٤ نوفمبر ١٩٢٤ ، أى مدة أربعة أشهر ، وحل المجلس فى ٢٤ ديسمبر ١٩٢٤ بعد أن أجل انعقاد البرلمان لمدة شهر والهيئه الثانية لم تستمر سوى ساعات ثم صدر مرسوم بحلها فى نفس يوم انعقادها ٢٣ مارس ١٩٢٥ ، والهيئة النيابية الثالثة انعقدت من ١٠ يونيو ١٩٢٦ حتى ٢ سبتمبر ١٩٢٦ ، ودور الانعقاد الثانى من ١٨ نوفمبر ١٩٢٦ حتى ٤ يوليو ١٩٢٧ ، ودور الانعقاد الثالث من ١٧ نوفمبر ١٩٢٧ حتى ٢٨ يونيو ١٩٢٨ حيث صدر مرسوم بتأجيل انعقاد البرلمان لمدة شهر ، وصدر بعد هذا الشهر مرسوم بحل البرلمان أما الهيئة النيابية الرابعة فدور الانعقاد العادى الأول من ١١ يناير ١٩٣٠ حتى ١٧ يونيو ١٩٣٠ ، وفى ٢٢ يونيو ١٩٣٠ صدر مرسوم بتأجيل انعقاد البرلمان لمدة شهر وفى ١٢ يوليو ١٩٣٠ صدر مرسوم بفض الدورة البرلمانية الرابعة والدورة الخامسة هى التى كانت فى ظل دستور ١٩٣٠ واستمر أربع أدوار انعقاد حتى صدر فى ٣٠ نوفمبر ١٩٣٤ مرسوم بحل البرلمان والهيئة النيابية السادسة كان دور الانعقاد الأول لها من ٢٣ مايو ١٩٣٦ حتى ٢٤ أغسطس ١٩٣٦ ودور الانعقاد العادى الثانى من ٢١ نوفمبر ١٩٣٦ حتى ١٤ يوليو ١٩٣٧ ودور الانعقاد الثالث من ١٨ نوفمبر ١٩٣٧ حتى ٣ يناير ١٩٣٨ وفى ٢ فبراير ١٩٣٨ صدر مرسوم بحل مجلس النواب .

والهيئة النيابية السابعة عقدت خمس دورات انعقاد قبل أن يصدر فى ٧ فبراير ١٩٤٢ مرسوم بحل مجلس النواب ، والهيئة النيابية الثامنة، عقدت ثلاث دورات انعقاد من ٣٠ مارس ١٩٤٢ ، حتى أغسطس ١٩٤٤ حيث صدر مرسوم بحل مجلس النواب أما الهيئة النيابية التاسعة فهى

الدورة الوحيدة التى اكتمل فيها أدوار انعقاد البرلمان ولم يصدر مرسوم بحل مجلس النواب فيها وكانت دوراتها من ١٨ يناير ١٩٤٥ حتى ١٨ أغسطس ١٩٤٩ ، والهيئة النيابية العاشرة كان دور الانعقاد الأول لها من ١٦ يناير ١٩٥٠ حتى ١٧ اغسطس ١٩٥٠ ، ودور الانعقاد الثانى من ١٦ نوفمبر ١٩٥٠ الى ١٧ أكتوبر ١٩٥١ ، ودور الانعقاد الثالث من ١٥ نوفمبر ١٩٥١ حتى ٢٥ فبراير ١٩٥٢ ، وهكذا فى ظل عشر برلمانات لم يكتمل الا واحد منها مدته القانونية وبالطبع كانت جلسات مجلس الشيوخ توقف طوال فترة حل البرلمان ، أى أن مجموع مدد انعقاد البرلمان لم تتجاوز ٢١ سنة واذا أخذنا فى الاعتبار مدة سريان دستور ١٩٣٠ ، ومدة حكم البرلمانات التى وصلت الى الحكم عن طريق التزييف والتزوير وأن مدد حكم الوفد صاحب الأغلبية لم تتجاوز خلال هذه الفترة سبع سنوات علمنا مدى ضعف السلطة التشريعية ليس فقط حتى يتسنى لها الانحراف بالتشريع بل يظهر هذا الضعف فى انها كانت غير موجودة فى فترات كثيرة ، كانت تحكم فيها البلاد بمراسيم بقوانين[1] ، هذا بالاضافة الى وجود مجلس للشيوخ بجوار مجلس النواب يعين الملك ثلث أعضا ه وينتخب الباقون من طوائف معينة بما يجعل التأثير الذى يقوم به الحزب الوحيد الذى لم يكن يصل الى البرلمان الا فى ظل انتخابات نزيهه وكانت له أغلبية كبيرة فى البرلمان حين يصل هذا التأثير كان يحد منه أن مجلس الشيوخ لم يكن للوفد الأغلبية الكبرى التى له فى مجلس النواب ، من هنا فالفرصة الرئيسية لظهور الانحراف التشريعى كانت فى تلك

(١) هذه الاحصائيات من كتاب د/ على الدين هلال - السياسة والحكم فى مصر - ص ٢٨٩ ، وكتاب مصر والحياة الحزبية والسياسية قبل سنة ١٩٥٢ ، د/ محمود متولى ص ٣٥٠.

الفترات التي يصل فيها الوفد للحكم وهى فترات قليلة ولكن لما لم تكن هناك فرصة لوجود الانحراف فى ظل الحكومات التى يؤيدها القصر ؟

أن السبب الرئيسى لتضاءل قيمة الانحراف التشريعى فى ظل دستور ١٩٢٣ ، أن السلطة التنفيذية ، أو بمعنى أدق الملك كان يملك مخالفة الدستور جهرا والأحزاب التى يدعوها لتولى الحكم فى البلاد فى حالة اقالة وزارات الوفد ، كانت أداة طيعة فى يده ، فلم تكن بها حاجة الى المخالفة المستترة للدستور ما دامت أغراض الملك غير الدستورية تتحقق مباشرة واذا نظرنا الى الأزمات الدستورية التى سبق وعرضناها وجدناها جميعا تمثل خروجا صارخا على الدستور ، فالملك اساء فى استعماله حقه فى حل البرلمان لأتفه الأسباب أو بدون أسباب اطلاقا ، وفى بعض الأحيان بعد ثمانى ساعات من انعقاده لمجرد عدم رضاؤه عن أعضاء البرلمان بل وصل الأمر الى امكانية تعطيل الدستور وفقا لما حدث فى الانقلاب الدستورى الأول فى ظل وزارة محمد محمود عام ١٩٢٨ ، تم الغاء الدستور واستبداله بدستور آخر يقوى سلطانه مثلما حدث فى وزارة اسماعيل صدقى عام ١٩٣٠ واصدار دستور ١٩٣٠ .

من هنا يمكن للملك مخالفة الدستور بل والغاؤه وما أحزاب الأقلية سوى أداة طيعة فى يده تنفذ أهدافه وعليه فما الحاجة الى المخالفة المستترة، ويتأكد هذا الأمر اذا عرفنا انه لم تكن هناك جهة مختصة بفحص دستورية القوانين حتى ابتداع مجلس الدولة لهذه الرقابة عام ١٩٤٨ من هنا كانت حكومات أحزاب الأقلية لا تحتاج الى هذه المخالفات المستترة ، فأداة الحكم الرئيسية لم تكن القوانين ، وعاون على هذا أنه كانت هناك فترات انتقالية كثيرة كانت تحكم فيها البلاد بمراسيم بقوانين ولم تكن

تعرض هذه المراسيم على البرلمان فى أغلبها وبعضها الآخر كان يحوز على موافقة البرلمان ارضاء للملك[١].

ولا يعنى هذا ان الحياة الدستورية كانت ابان حكم أحزاب الأقلية بمنأى عن وجود مخالفات دستورية بها ، وانما يعنى الأمر أنه لم تكن هناك ثمة حاجة الى استعمال وسيلة خروج القوانين على الدستور ما دامت الأداة التى هى أقوى من القوانين تملك الخروج عليه ، أى المراسيم بقوانين . ويكفى أن نذكر أن جميع التعديلات التى طرأت على تعديل الدوائر الانتخابية ، قد صدرت بمراسيم بقوانين ، بل فى بعض الأحيان ما يحدده قانون يمكن أن يعدل بمرسوم بقانون[٢]. وهذه المراسيم بقوانين تصدر دائما فى فترة حل البرلمان وطبعا تأتى وفقا لحاجة الحزب الذى سيقوم باجراء الانتخابات فيعمل جاهدا لتمزيق دوائر خصومه وتقسيم الدوائر الفرعية .

من هنا يمكن القول بأن فرص الانحراف كانت تزداد عند وصول الوفد الى الحكم أكثر من أى فترات أخرى لا يتولى هو فيها الحكم ، لأنه عندما يأتى الى الحكم ، يأتى مصحوبا بأغلبية ساحقة فى البرلمان تمكنه ان شاء من تمريرات قانون يريده . ولكن الظروف الواقعية الأخرى كانت تحد من امكانيات خروج الوفد عن الدستور فهو يجد فى الدستور سنده وملاذه وهو الحزب الذى يأتى مستندا على أغلبية ساحقة تؤمن بأن الوفد هو الحزب الذى لا يخرج عن الدستور فضلا عن أن وجود الملك كعامل مناوئ للوفد يجعل الأخير حذرا فى اعطاء الملك ذريعة لحل الحكومه ولهذه العوامل

---

(١) انظر فى الخلاف حول امكانية صدور المراسيم بقوانين خلال فترة حل البرلمان ، د/ السيد صبرى – اللوائح التشريعية – ٨٥ ، وانظر رسالة د/ أنور الأهوانى – رئيس الجمهورية فى النظام الديمقراطى ص ٣٤٥ .

(٢) انظر د/ وايت ابراهيم وتوفيق حبيب : نظامنا الانتخابى – ص ٣٥ .

الأثر الكبير الذى جعل الوفد ابان حكمه دائما يسعى الى اصدار القوانين التى تهم طائفة كبرى من الشعب من ناحية ومن ناحية أخرى تمنع بعض القوانين من الظهور خشية نقمة قاعدته العريضة مثلما حدث فى قوانين الصحافة التى أراد الوفد أن يصدرها ابان وزارته قبل الأخيرة وعارضها أعضاء الهيئة البرلمانية للحزب واجبروا صاحب الاقتراح أن يسحبه بالرغم من موافقة قيادة الحزب عليها[١] ، فصدور قوانين مقيدة للحريات فى عهد حكومة الوفد كان ايذانا بانهيار الحزب نفسه لأنه أول من سيقاسى منها بعد خروجه من الحكم عكس ما حدث بالنسبة للأحزاب الأخرى التى تجد فى القوانين المقيدة للحريات ولحرية الصحافة على وجه الخصوص اداة لاغلاق الصحف الوفدية وتعطيلها ، ويكون ذلك باصدار القوانين والمراسيم بقوانين التى تشدد على جرائم النشر ، مثلما حدث فى عهد حكومة صدقى .

من هنا نفهم أن محاولات الخروج على الدستور كانت تهاجم من نواب الوفد أنفسهم قبل أن تهاجم من الأحزاب الأخرى وذلك حفاظا على كيان الحزب الذى يقوم فى الأساس على احترام الدستور ، والا أصبح الحزب قرينا لاحزاب الأقلية ولفقد ركنا كبيرا من أركان شعبيته ، ولهذا تضاءلت فرص الخروج عن الدستور من قبل حزب الوفد الا أنه سنستعرض هنا لقانون صدر عن برلمان وفدى فنفحص مدى دستوريته واحتمالات وجود انحراف تشريعى به .

صدر القانون المنشئ لمجلس الدولة[٢] ناصا فى المادة الأولى منه على أن ينشأ مجلس الدولة ويكون هيئة قائمة بذاتها ويلحق بوزارة العدل،

(١) الوقائع المصرية ١٥ أغسطس سنة ١٩٦ – العدد ٨٣ .
(٢) الوقائع المصرية ١٥ أغسطس سنة ١٩٦ – العدد ٨٣ .

ونصت المادة التاسعة على أنه لا يترتب على رفع الطلب الى محكمة القضاء الادارى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه على أنه يجوز لرئيس مجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذه اذ رأى أن نتائج التنفيذ قد تعذر تداركها ، وقد صدر القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ بتعديل بعض أحكام المجلس، وأصبحت هذه المادة التاسعة هى المادة العاشرة فى القانون ٩ لسنة ١٩٤٩.

ولقد صدر القانون ٦ لسنة ١٩٥٢ متضمنا تعديلين هامين فنصت المادة (١) منه على أن تعديل المادة ١٠ من القانون ٩ لسنة ١٩٤٩ على الوجه الآتى : لا يترتب على رفع الطلب الى محكمة القضاء الادارى وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الأمر مؤقتا اذا طلب ذلك فى صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها ويحدد رئيس الدائرة المختصة بنظر الموضوع جلسة لنظر الطلب يعلن بها الخصم قبل تاريخ الجلسة بثلاثة أيام على الأقل ويجوز تقصير هذا الميعاد فى حالة الضرورة القصوى وللدائرة عند الاقتضاء ونظرا لأهمية النزاع أن تأمر بإحالة الفصل فى الطلب الى دوائر المحكمة مجتمعة ، ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن تضاف المادة ٨ مكرره ونصها لوزير العدل حق الاشراف على المجلس واعضاؤه وموظفيه.

ولقد أوضح رئيس المجلس ملابسات وظروف هذين التعديلين فقد سبق وآثار رئيس المجلس (دكتور سنهورى) فى تقريره الذى يصدر عن عمل المجلس[1] عام ١٩٥١ ، أنه حدث حادث جلل فى تاريخ مجلس الدولة حيث أوضح أن السيد وزير المالية (فى حكومة الوفد) أخبره أن مجلس

---

(١) مجلة مجلس الدولة - السنة الثانية يناير ١٩٥١ - ص ٥٠٠ .

الوزراء كان يرى أنه لا يجوز لوزير منتم الى حزب سياسى أن يتولى منصبا قضائيا وقد رد عليه رئيس المجلس بأنه كان منتميا الى الحزب السعدى ثم تركه وان كثيرا من القضاة كانوا قبل توليهم مناصبهم منتمين الى احزاب سياسية وانهم بمجرد دخولهم محراب القضاء خلعوا رداء الحزبية وهوما قام به وأثر هجوم الصحف الوفدية عليه دعا رئيس المجلس الجمعية العمومية للمجلس للاجتماع وترك لهم مناقشة هذا الأمر ، وانتهى اجتماع الجمعية العمومية أن عهدت الجمعية اليه بالحفاظ على استقلال المجلس واستنكار دعوة الحكومة (بالاستقالة وقد أوضح رئيس المجلس فى تقرير بغضا من مظاهر اضطهاد الحكومة للمجلس ومنها تأخير ترقيات بعض الأعضاء دون سبب وتأخير زيادة مرتبات أعضاء المجلس اسوة برجال القضاء، وإثر صدور التعديلات التى أدخلها البرلمان على قانون المجلس ، ذهب رئيس المجلس[١] فى تعليقه على هذين التعديلين الى أنه اذا كان البرلمان قد نقل الاختصاص بوقف تنفيذ القرارات لدائرة الموضوع المشكلة من خمسة مستشارين بعد أن كانت هذه السلطة منوطة برئيس المجلس وحده، فان هذا التعديل مع ما يجلبه من حرج على دائرة فحص الموضوع حيث أنها سوف تقضى فى الموضوع بعد ذلك وانه يتضمن تأخير البت فى طلب وقف التنفيذ الا أن رأى خمسة مستشارين يفضل رأى رئيس المجلس وحده ولكنه الاعتراض الجوهرى هل هذا التعديل هو فى الظروف التى لابسته والدوافع التى قادت الحكومة الى ادخاله ، واما عن التعديل الثانى فهو يمثل اعتداء على استقلال القضاء ويخالف الدستور وقد انتهت الجمعية

---

(١) مجلة مجلس الدولة – السنة الرابعة يناير ١٩٥٢ – ص ٥٠٣ .

العمومية للمجلس الى أن هذا التعديل يخالف استقلال المجلس[١].

وإذا فحصنا هذين التعديلين يمكن القول أن البحث فى التعديل الثانى الخاص باشراف وزير العدل على المجلس وأعضاؤه وموظفيه هذا التعديل يمكن بحثه فى ظل مدى استقلال القضاء الوارد بالدستور ، فالدستور نص على أن القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم فى عملهم لغير القانون واشراف وزير العدل عليهم يخل بهذا الاستقلال والقانون المنشئ للمجلس أسند الى رئيس المجلس فى المادة ٢٠ منه حق الاشراف ، على اعمال المجلس العامة والادارية وعلى السكرتارية العامة كما أنه يشرف على اتصال اقسامه المختلفة بعضها ببعض وتوزيع الاعمال بينها ، ولم يعطِ القانون وهو أحد رجال المجلس نفسه حق الاشراف على أعضاؤه فكيف يعطى لوزير العدل وهو شخصية سياسية فى المقام الأول هذا الحق ؟ ان مقتضى هذا التعديل انهيار استقلال المجلس ويعد تدخلا من السلطة التنفيذية فى أعمال السلطة القضائية بما يأباه الدستور فيما تضمنه من فصل بين السلطات وبما عبرت نصوصه عن استقلال القضاء . من هنا يدور البحث فى مدى دستورية هذا التعديل حول العيب الموضوعى الموجه اليه وهو خروج محل القانون على الدستور ولا حاجة بنا هنا الى بحث الانحراف التشريعى .

أما التعديل الأول الخاص بنقل اختصاص رئيس المجلس بوقف تنفيذ القرارات الادارية الى محكمة الموضوع فان مثار التساؤل وفقا للظروف التى أوضحها رئيس المجلس فى تقريره السابق على وقوع هذا التعديل هل

---

(١) ص ٥٠٩ من التقرير سالف البيان - وانظر مضبطة مجلس النواب جلسة ١٩٥١/١٢/١٠ ومضبطة مجلس الشيوخ - جلسة ٩ ، ١٩٥٢/١/١٤ - حيث دافع كثير من الأعضاء عن استقلال المجلس .

قصدت الحكومة من هذا التعديل أن يكون ردا على رفض رئيس المجلس للاستقالة فسلبت منه اختصاصا منحه اياه القانون ؟ وبمعنى آخر هل يعتبر هذا التعديل انه ينطوى على انحراف بالتشريع الى غاية غير مشروعة وهى الانتقام من رئيس المجلس لن تحقق ثمة صالح عام ؟

ان النظر الى هذا التعديل في ظل الظروف التى لابسته كفيلة بأن يقنع القاضى الدستورى أن هذا التعديل لم يقصد به الصالح العام وانما قصد به سلب رئيس المجلس اختصاصا أعطاه اياه القانون لا لشئ الا لما وجد بين رئيس المجلس والحكومة من نزاع ولكن هذه الظروف والملابسات فى نظرنا لا يمكن ان تحجب موضوعية التعديل حيث ان الفصل فى طلب وقف التنفيذ اذ أصبح من اختصاص دائرة الموضوع فانه يعطى ضمانات أكبر بالنسبة للمتقاضين ، وكما قال رئيس المجلس فان رأى خمسة أعضاء يفضل رأى رئيس المجلس وحده ، ولنا أن نتذكر أن المجلس لن يأتى له دائما رؤساء كالسنهورى باشا بل قد يأتى اليه من يقلون عنه مقدرة وعلما فنحن نرى أن موضوعية هذا التعديل تفضل بكثير ما يمكن أن يثار حوله من مطاعن حول مقاصد الحكومة من هذا التعديل والمشكلة هى ما ذهب اليه رئيس المجلس من أن الاعتراض على التعديل هو فى الظروف التى لابسته والدوافع الحقيقية التى قادت الحكومة الى ادخاله ومن هنا يأتى من يدفع بعدم دستورية هذا التعديل بقرائن مستقاة من ظروف وملابسات صدور هذا التعديل وتدافع الحكومة عنه بما يعطيه التعديل من ضمانات فعالة للمتقاضين وهنا يوازن القاضى بين هذه القرائن والملابسات : حتى اذا اقتنع بأن التعديل مقصود به اقصاء رئيس المجلس عن اختصاص خوله اياه القانون وما ذلك الا لخصومة بين الحكومة وبينه يمكنه أن يحكم بعدم

دستوريته لأنه لم يهدف الى الصالح العام واما اذا اقتنع إن هذه القرائن والأدلة لا تحجب ما فى هذا التعديل من ضمانات موضوعية وأن البرلمان أصدر هذا القانون بما له من سلطة فى تنظيم الهيئات القضائية ولم يكن بدافع سلب رئيس المجلس اختصاصا كان له رفض الدفع وأيد دستورية هذا التعديل وهو ما نراه ذلك أن البرلمان رأى تقليص سلطة رئيس المجلس جاء بالتعديل الثانى الخاص باشراف وزارة العدل على المجلس فهذا التعديل ظاهر فى هدفه الا وهو سلب رئيس المجلس لسلطاته على الاعضاء والموظفين مع ما يستتبعه من تدخل فى عمل المجلس ، ولولا أن هذا التعديل ظاهر العبارة فى إجازة هذا الاعتداء على استقلال المجلس لامكن القول انه معيب بالانحراف التشريعى أو أنه صريح فى عبارته صراحة يكفى معها الطعن بعدم دستوريته لمخالفة محله للقانون أما لو كانت عبارته أقل وضوحا وتؤدى بطريقة مستترة الى تدخل الوزير فى عمل المجلس لأمكن حينئذ الطعن عليه بالانحراف من هنا فاننا نرى أن التعديل الأول لا تقوى أدلة انحراف على مواجهة موضوعية آثاره اما التعديل الثانى فهو معيب فعلا ولكن بعدم الدستورية لمخالفة نصوص استقلال القضاء الواردة فى الدستور .

وفى النهاية نتطرق الى أول حكم أصدره مجلس الدولة حول احقية القضاء فى رقابة دستورية القوانين . فذهب الحكم[1] بعد أن قرر أنه ليس هناك فى القانون المصري ما يمنع المحاكم من التصدى لبحث دستوية القوانين. فقد استخلص الحكم مبدأ الفصل بين السلطات من روح الدستور

(١) الحكم فى القضية رقم ٦٥ لسنة ١ ، انظر نص الحكم فى السيد صبرى - مبادئ القانون الدستورى ، هامش ص ٦٥١ وما بعدها .

أخذا من دلالة المقابلة بين نصوصه وتفهم مراميها وبعد أن حدد الحكم وظيفة المحاكم ازاء تعارض قانون من القوانين العادية مع الدستور نصا وروحا تناول الحكم نعي المدعى على المرسوم بقانون موضوع النزاع من أنه أخل بحقوقه التى اكتسبها بمقتضى القوانين واللوائح السارية وقت اكتسابها وان الاخلال بالحقوق المكتسبة ينطوى على مخالفة روح الدستور، وقد انتهت المحكمة الى أنه ما دام قادرا على تناول ما يتناوله القانون من مواضيع أى أن الأمر الرجعى للمرسوم هو أمر ممكن مثله فى ذلك مثل القانون فلا وجه للقول بأن المرسوم مخالف لروح الدستور وهذا الدفع من قبل المدعى هو نفسه الذى أورده دكتور السنهورى فى نظريته باعتبار تحققه هو أحد وجوه الانحراف ، فالاخلال بالحقوق المكتسبة والأثر الرجعى للقانون دون مقتضى يجعل التشريع معيبا بالانحراف ، وفقا لنظرية دكتور السنهورى ، إلا أننا نود هنا ابراز دلالة روح القانون فى هذا الحكم ، فالحكم لم يفرق بحق بين روح ونصوص الدستور ، فمخالفة روح الدستور ، تماثل تماما مخالفة نص من نصوصه ومن هنا يمكن تفهم ذلك الخلط الذى ورد بأحكام مجلس الدولة بخصوص مخالفة روح القانون حيث انه رتب فى حالات كثيرة الانحراف على مخالفة روح النصوص ولكن المفهوم من مخالفة روح النصوص التى تبرز الانحراف هو أن روح النصوص تلزم بوجوب تحقيق القرار الادارى أو القانون على حد سواء ، للصالح العام حتى دون النص على ذلك فتحقيق الصالح العام هدف مفترض يمثله روح النصوص القانونية أو الدستورية أما مخالفة روح النصوص بالمعنى الدقيق فتعنى مخالفة مفهوم الاقتضاء لدى النص أو نصوص القانون والدستور وهى ترتب بطلان محل القانون أو القرار لاانابته .

ومن هنا ننتهى الى ان توافر بعض الأسس الواقعية للانحراف التشريعى لم تؤدى بصورة ظاهرة الى وجود الانحراف كظاهرة فى ظل هذا الدستور ، دستور ١٩٢٣ وان لم تلغ تماما احتمال وجوده فكما رأينا ظهرت هذه الغايات غير المشروعة حينما لم تكن فى استطاعة حكومة الوفد ان تخالف الدستور صراحة فعمدت الى مخالفته فى صورة مستترة خشية من حرب الصحافة التى كانت سائدة آنذاك وهو ما يعطى فكرة عن العوامل التى تساعد على تهيئة المناخ لعيب الانحراف التشريعى ولا يمكننا القول أنه فى ظل دستور ١٩٢٣ كانت السلطة التشريعية مثالية فلم تنحرف بالتشريع ولكن يمكن القول بأن الظروف الواقعية لتحقق الانحراف لم يتسن لها التوفر فى ظل هذا الدستور .

الباب الثانى

الإنحراف التشريعى ودساتير الثورة

نقصد بدساتير الثورة(١) هى تلك الدساتير التى صدرت منذ قيام الثورة عام ١٩٥٢ الى وفاة الرئيس جمال عبدالناصر عام ١٩٧٠ ، ليس فقط لإرتباط هذه الدساتير بفترة سارت فيها مفاهيم معينة عن الديمقراطية وسيادة القانون ولكن لأنها ارتبطت اكثر ما ارتبطت بفكر ومنهج قائد الثورة ورئيس الجمهورية طوال هذه الحقبة ، فهى تتميز واقعيا - وليس نظريا - بخصائص ومفاهيم معينة تتفق مع الافكار الثورية التى كانت سائدة فى تلك الفترة ، فهى تتميز باختلاف التطبيق الواقعى لما جاء فى الدستور من مبادئ نظرية بحيث أصبح هناك دستور يحمل من المبادئ النظرية ما هو سائد فى سائر الدساتير الديمقراطية ، أما الواقع السياسى لتطبيق هذه الدساتير ، فكان مختلفا تماما وهو ما أثر تأثيرا كبيرا على مركز السلطة التشريعية ومباشرتها لسلطتها وبالتالى أثر على مناخ الانحراف التشريعى ، وهو ما يجعل هذه الدساتير تختلف من دستور ١٩٧١ ، ليس من الناحية النظرية ولكن من ناحية مدى احترام نصوص وروح الدستور وما ذلك الا لاختلاف المناخ السياسى بين هذه الدساتير ، ودستور ١٩٧١ الذى أخذ بمفهوم مختلف عن سيادة القانون ، ومن هنا وجد دراسة تنظيم السلطات فى ظل دساتير الثورة نظريا وتنظيمها عمليا وما ذلك الا لبيان مركز السلطة التشريعية والعوامل المؤثرة فى تكوينها ومباشرتها لسلطتها .

---

(١) انظر الفصل الأول بين السلطات وتطور العلاقة بين السلطة التشريعية والتنفيذية فى الدساتير المصرية ، د/ أحمد نجم - مجلة العلوم الادارية - سنة ١٩٨١ - ص ١٠٥ .

الفصل الأول

دساتير الثورة

والعلاقة بين السلطات العامة

المبحث الأول

دساتير الثورة وتنظيمها للسلطات نظريا

استمر دستور ١٩٢٣ مطبقا فى العمل حتى قيام الثورة المصرية فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، اذ سقط نتيجة للاعلان الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ وفقا لرأى أغلبية الفقهاء[1] وصدر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ الاعلان الدستورى الذى حدد قواعد تنظيم السلطات أثناء فترة الانتقال ولم يتضمن سوى احدى عشرة مادة ، وأهم ما ورد به هو أنه ركز السلطة التشريعية والتنفيذية فى يد مجلس الوزراء واشرك مع مجلس الوزراء فى تقرير السياسة العامة للدولة والرقابة على أعمال الوزراء ، هيئة مشتركة تضم مجلس الوزراء ومجلس قياة الثورة ، ثم صدر بعد ذلك الدستور

---

(١) قال بسقوط دستور ١٩٢٣ ، د/ عبدالحميد متولى - الوسيط فى القانون الدستورى ص ٩٤ ، د/ محمود حلمى - المبادئ الدستورية العامة ص ١٠٧ ، د/ كامل ليلة - القانون الدستورى ص ١٠٩ ، د/ مصطفى أبوزيد فهمى - ص ٢٢٧ ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، د/ فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستورى ص ٣١٩ ، د/ رمزى الشاعر - النظم السياسية والقانون الدستورى ١٩٧٧ - ص ٨٦ ، وانظر تأييدا لهذا الرأى فتوى قسم الرأى بمجلس الدولة مجتمعا فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٥٢ ، حيث استند الى نصوص الدستور ليقرر عدم جواز اجتماع مجلس النواب ، وانظر الرأى الذى أبداه د/ السيد صبرى فى مقاله بجريدة الاهرام فى ٣١ أغسطس ١٩٥٢ ، د/ محسن خليل - فى النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ص ١٧٨ ، حيث استند الى سقوط هذا الدستور واقعيا بقيام الثورة وانظر رأى وحيد رأفت المخالف فى فصول من ثورة ٢٣ يوليو - دار الشروق ص ٢٣ .

الدائم، دستور ١٩٥٦ ولم يستمر العمل به طويلا حيث صدر دستور الوحدة بين مصر وسوريا ، دستور سنة ١٩٥٨ ، والذى لم يعمل به الا بضع سنوات حيث صدر الاعلان الدستورى فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٢ بعد عام الانفصال معدلا فى أحكام هذا الدستور حتى صدر دستور سنة ١٩٦٤ فى ٢٣ مارس سنة ١٩٦٤ .

ومما سبق فان محل البحث يتركز فى كل من دستور ١٩٥٦ ودستور ١٩٦٤ فما هى أسس تنظيم العلاقة بين السلطة فى ظل كل من هذين الدستورين .

الفرع الأول

دستور ١٩٥٦ وتنظيم العلاقة بين السلطات

صدر فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٣ مرسوم بقانون بتأليف لجنة لوضع مشروع الدستور من خمسين عضوا اختارتهم الحكومة لتمثيل كافة الاتجاهات فى الدولة ، وانقسمت هذه اللجنة الى لجان فرعية واستمرت تعمل لمدة عامين كاملين الى أن أعدت مشروع الدستور وأحالته الى رئيس مجلس الوزراء فى ١٧ يناير سنة ١٩٥٥ ولكن نظرا لما ارتآه قادة الثورة من أن هذا الدستور لن يحقق الاهداف التى قامت من أجلها الثورة وعليه عهد رئيس الجمهورية الى مكتبه الفنى بمهمة اعداد دراسة تسوية مقارنة واعداد مشروع دستور يستمد نصوصه ويستوحى احكامه ومبادئه من ظروف المجتمع المصرى والبيئة المصرية وفعلا صدر دستور ١٩٥٦ واستفتى عليه من قبل الشعب مع الاستفتاء على رياسة الجمهورية فى ذات التاريخ واسفرت نتيجة الاستفتاء عن موافقة ٨و٩٩٪ على الاستفتاء و ٩و٩٩٪ على انتخاب جمال عبدالناصر رئيسا للجمهورية المصرية[1] .

أى أن الدستور قد صدر بناء على استفتاء شعبى بعد أن أعد مشروعه بواسطة لجنة حكومية ومن العجب أن يقرر عدد من كبار الفقهاء المصريين أن هذا الدستور إن كان قد وضع مشروعه بواسطة الحكومة غير أنه لم يصبح نافذا الا بموافقة الشعب عليه وبذلك يكون دستور ١٩٥٦ قد قرر بطريقة الاستفتاء الشعبى وهذه الطريقة فى وضع الدساتير تعتبر أعلى

(١) دليل الشرائع . د/ انطون صغير ص ٣٣١ .

مراتب الديمقراطية ، ذلك أن الشعب تكون له الكلمة العليا في تقرير نظامه الدستوري[1].

ولقد أغفل أصحاب هذا الرأي الوسيلة الاكثر ديمقراطية من وضع لجنة حكومية لمشروع الدستور وموافقة الشعب عليه أيضا ، ألا وهي طريقة الجمعية التأسيسية المنتخبة من الشعب لوضع الدستور ثم استفتاء الشعب عليه كما حدث بالنسبة لدستور ١٩٤٦ ، في فرنسا ، أما طريقة الاستفتاء الشعبي في ظل ظروف المجتمع المصري بل وفي ظل ظروف بعض المجتمعات المتقدمة تؤدي الى انهيار الديمقراطية من أساسها نظرا لامكانية استغلال هذا الاستفتاء في تدعيم سلطة الحكم وهدم دور المؤسسات السياسية ، وهو ما حدث فعلا في مصر في ظل الثورة وفي ظل دستور ١٩٧١ ، حتى أصبح الاستفتاء الشعبي قرينا للحكم المطلق تحت ستار حكم الشعب لنفسه ، ذلك المبدأ الذي لم يتحقق أبدا كما سنوضح فيما بعد.

واذا نظرنا الى العلاقة بين السلطات في ظل هذا الدستور فان الدستور في خصوص السلطة التشريعية قد ألغى نظام المجلسين المعمول به في دستور ١٩٢٣ وجعل السلطة التشريعية منوطة بمجلس الأمة الذي يتولى سن القوانين بالاضافة الى اختصاصات مجلس الأمة الأخرى السياسية والمالية ولقد تكفل القانون رقم ٢٤٦ لسنة ١٩٥٦ بتحديد شروط العضوية في مجلس الأمة وأهم شرط فيها عدم اعتراض الاتحاد القومي

---

(١) د/ن كامل ليلة : لمحة من تطورنا الدستوري في عهد الثورة - مقال بالمجلة المصرية للعلوم السياسية عدد ١٢ مارس ١٩٦٢ ص ٣١ ، ويوافقه على ذلك د/ أنور رسلان - مؤلفه السابق - ص ٥٢ ، د/ رمزي الشاعر - المرجع السابق - ص ٨٨ .

على ترشيح العضو ، والاتحاد القومى هو ثانى مؤسسة سياسية شعبية أقامها النظام الحاكم ، بعد هيئة التحرير ، وسنرى فيما بعد دور هذه المنظمات فى الحياة السياسية وقد أخذ الدستور بالفكرة الرئاسية فى تنظيمه للسلطة التنفيذية فالسلطة التنفيذية وفقا له تتكون من رئيس الجمهورية والوزراء ، واختفى نظام مجلس الوزراء ومنصب رئيس الوزراء. وبالتالى تولى رئيس الجمهورية رئاسة الدولة ورئاسة الحكومة معا ، ولقد نصت المادة ١٤٧ من الدستور على أن يجتمع رئيس الجمهورية مع الوزراء فى هيئة مجلس وزراء لتناول الرأى فى الشئون العامة للحكومة وتصريف شئونها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والادارية ويشرف على تنفيذها ، ورئيس الجمهورية هو الذى يقوم بتعيين الوزراء وهو الذى يعفيهم من مناصبهم ولذلك أخذ الدستور بالمسئولية الفردية للوزراء أمام رئيس الجمهورية علاوة على تقريرها أمام مجلس الأمة(١).

ولرئيس الجمهورية اختصاصات ذات صبغة تشريعية كحق اقتراح القوانين والاعتراض عليها واصدارها (مادة ١٣٢) وحق اصدار اللوائح بمختلف أنواعها (مادة ١٣٥ - ١٣٨) والاختصاصات ذات الصبغة الادارية تتضمن تعيين وعزل الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين على النحو المبين بالقانون (مادة ١٤٠) واعلان حالة الطوارئ (مادة ١٤٤) كما أن له حق العفو عن العقوبة أو تخفيفها (مادة ١٤١) واعلان الحرب بعد موافقة مجلس الأمة (مادة ١٤٢) وبخصوص العلاقة بين السلطات فان الدستور قرر حق مجلس الأمة فى توجيه اسئلة للوزراء

---

(١) د/ رمزى الشاعر : المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(مادة ٩٠) وحق طرح موضوع عام للمناقشة (مادة ٩١) وحق استجواب أعضاء السلطة التنفيذية (مادة ٩٠) .

كما قرر المسئولية الفردية للوزراء فى المادة ١١٣ منه حيث ذهب الى أنه اذا قرر مجلس الأمة عدم الثقة بأحد الوزراء ، وجب عليه اعتزال الوزارة ... ويكون سحب الثقة من الوزير بأغلبية أعضاء المجلس ، أما رئيس الجمهورية فهو غير مسئول أمام مجلس الأمة ، ولذلك فلا يمكن أن تثار المسئولية التضامنية للوزارة ولا يبغى الا المسئولية الفردية للوزير[(١)] ، وتبعا لأن رئيس الجمهورية هو الذى ينفرد بوضع السياسية العامة للحكومة وفقا لنص المادة ٣ أما الوزاراء فيقومون بتنفيذ هذه السياسة فقد استقر الرأى على أنه لا يسأل الوزراء عن السياسة العامة للحكومة لأن رئيس الجمهورية ينفرد بمهمة وضعها دون أن يكون للوزراء أية سلطة حقيقية فى ذلك ويسألون فقط عن تنفيذ هذه السياسة العامة كل فى حدود وزارته وفى حدود الاختصاص الذى يمارسه فى تسيير شئون هذه الوزارة بما له من سلطة الاشراف عليها[(٢)] .

وقد احتفظ دستور ١٩٥٦ بحقوق السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية على البرلمان سواء من حيث دعوة مجلس الأمة للانعقاد والحق فى فض الدورة البرلمانية (مادة ٧٢ - ٧٤) كما أعطى الدستور لرئيس الجمهورية الحق فى حل مجلس الأمة على أن يشتمل قرار الحل على دعوة

---

(١) د/ رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ١١٢ وانظر رأى د/ عبدالفتاح ساير داير - عن امكانيات مسائلة رئيس الجمهورية سياسيا فى ظل دستور ١٩٥٦ - مؤلفه عن القانون الدستورى ص ٦٤٤ .

(٢) د/ رمزى الشاعر : المرجع السابق - ص ١١٣ ، د/ محسن خليل - النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ص ٤٥٠ .

الناخبين لاجراء انتخابات جديدة في ميعاد لا يجاوز ستين يوما ، وعلى تعيين ميعاد الاجتماع المجلس في العشرة أيام التالية لتمام الانتخاب (مادة ١١٢) كما أنه اذا حل المجلس في أمر فلا يجوز حل المجلس الجديد من أجل ذلك الأمر (مادة ١١١) .

وقد أخذ دستور ١٩٥٦ ببعض مظاهر الديمقراطية شبه المباشرة فيما نصت عليه المادة ١٩٦ منه على أن يعمل بهذا الدستور من تاريخ موافقة الشعب عليه في الاستفتاء وما نصت عليه المادة ١٨٩ على أحكام واجراءات تعديل الدستور واشترطت لنفاذ هذه التعديلات ضرورة عرضه على الشعب لاستفتائه فيه ، فاذا وافق على التعديل اعتبر نافذا من تاريخ اعلان نتيجة الاستفتاء ، كما نصت المادة ١٤٥ من الدستور على أنه يجوز لرئيس الجمهورية بعد أخذ رأى مجلس الأمة أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا .

ومن هذا التنظيم للسلطات يبين أن الدستور قد أخذ ببعض مظاهر النظام الرئاسى وبعض مظاهر النظام البرلمانى فقد كان رئاسى النزعة فيما يتعلق بتنظيم السلطة التنفيذية وفى مدى هيمنة رئيس الجمهورية على الوزراء ولكن كان برلمانى النزعة فى العلاقة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية[١]، أى أنه قام على الأخذ بجانب من مظاهر النظام البرلمانى وبجانب من مظاهر النظام الرئاسى وجمع بينهما فى نظام مختلط يرجح كفة السلطة التنفيذية ويعطى رئيس الجمهورية سلطات تشريعية وتنفيذية واسعة

(١) د/ سليمان الطماوى : مبادئ القانون الدستورى المصرى والاتحادى ص ٢٤٦ .

دون أن يرتب على ذلك مسئوليته السياسية أمام مجلس الأمة[١].

وقد انتهى العمل بهذا الدستور بقيام الوحدة بين مصر وسوريا فى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٨ ولذا لم يرد عمر هذا الدستور على سنة وثمانية أشهر وصدر دستور الوحدة دستور ١٩٥٨ ومن بعده دستور ١٩٦٤ الذى نعرض له .

---

(١) د/ ثروت بدوى : القانون الدستورى - المرجع السابق - ص ٢٧٠ ، وانظر مظاهر كل من النظام البرلمانى والنظام الرئاسى فى هذا الدستور فى د/ أنور رسلان - المرجع السابق - ص ٤٦٥ وما بعدها .

الفرع الثانى

دستور ١٩٦٤ وتنظيم العلاقة بين السلطات

أقام دستور ١٩٦٤ مثله مثل سائر دساتير الثورة أو دستور ١٩٢٣ سلطات ثلاثة هى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتتمثل السلطة التشريعية فى مجلس الأمة ، وهو يتألف من ٣٥٠ عضوا يختارون بواسطة الانتخاب السرى العام بالاضافة الى حق رئيس الجمهورية فى تعيين عشرين من أعضاء المجلس وذلك بشرط أن يكون نصف عدد أعضاء المجلس على الأقل من الفلاحين والعمال ولا يوجد اختلاف بين وظائف المجلس فى هذا الدستور عنه فى دستور ١٩٥٦ فى خصوص الاختصاص التشريعي للمجلس ، ولكن بدلا من شرط عدم اعتراض الاتحاد القومى على ترشيحه ونظرا لاستحداث دستور ١٩٦٤ للاتحاد الاشتراكى العربى تطبيقا للميثاق كممثل لتحالف قوى الشعب العامل ، صدر القرار الجمهورى بالقانون ٤٧ لسنة ١٩٦٤ محددا شروط الترشيح لعضوية مجلس الأمة ومنها أن يكون المرشح عضوا عاملا فى الاتحاد الاشتراكى العربى ، ومضت على عضويته هذه مدة سنة على الأقل (مادة ٥٠) وصدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٥٣ لسنة ١٩٦٤ يجيز بقرار من رئيس الجمهورية استثناء بعض المرشحين لعضوية مجلس الأمة من الشروط المذكورة .

ولقد استحدث دستور ١٩٦٤ الحكومة كطرف ثان للسلطة التنفيذية بعد رئيس الجمهورية على خلاف دستور ١٩٥٦ ، فقد نصت المادة ١٣١ على أن تتكون الحكومة من رئيس الوزراء ونواب رئيس الوزراء والوزراء

ويدير رئيس الوزراء أعمال الحكومة ويرأس مجلس الوزراء ، ونصت المادة ١٣٢ على أن تتولى الحكومة تنفيذ السياسة العامة للدولة وفقا للقوانين والقرارات الجمهورية وتطبيقا لهذا الابتداع ، فقد نصت المادة ٨٦ من الدستور على أحقية أعضاء مجلس الأمة فى توجيه الاسئلة الى رئيس الوزراء والوزراء وعلى جواز طلب طرح موضوع عام للمناقشة (مادة ٨٧) وجواز ان يطرح رئيس الوزراء أمام مجلس الأمة الثقة بالحكومة وذلك بمناسبة عرض برنامجه (مادة ٨٨) ولمجلس الأمة سحب الثقة بالحكومة أو الوزير ووجوب أن يقدم رئيس الوزراء الى رئيس الجمهورية استقالة الحكومة اذا سحب مجلس الأمة الثقة بها (مادة ٩٠) .

وهذا الابتداع الجديد فى دستور ١٩٦٤ (بالنسبة لدستور ١٩٥٦) لم ينتقص من سلطات رئيس الجمهورية ، فالمادة ١٠٠ من الدستور قررت أن يتولى رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين فى الدستور ونصت المادة ١١٣ منه على أن يضع رئيس الجمهورية بالاشتراك مع الحكومة السياسة العامة للدولة فى جميع النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والادارية ويشرف على تنفيذها ونصت المادة ١١٤ على أن يعين رئيس الجمهورية رئيس الوزراء ويعفيه من منصبه ويعين رئيس الجمهورية أعضاء الحكومة من الوزراء ويعفيهم من مناصبهم، ونصت المادة ١١٥ على أن لرئيس الجمهورية حق دعوة مجلس الوزراء للانعقاد وحضور جلساته ، وتكون له رئاسة الجلسات التى يحضرها كما له حق طلب تقارير من الحكومة ومن أعضائها .

أما فى خصوص علاقة رئيس الجمهورية بالسلطة التشريعية فلم تختلف عن تلك الواردة بدستور ١٩٥٦ من حيث سلطته فى دعوة البرلمان

للانعقاد ، وحقه فى حل مجلس الأمة (مادة ٩١) وحقه فى اقتراح القوانين والاعتراض عليها واصدارها (مادة ١١٦) وحقه فى اصدار قرارات لها قوة القانون فى حالات عدم انعقاد مجلس الأمة وفى حالات الضرورة (مادة ١١٩ - ١٢٠) وذلك بالاضافة لسلطته كرئيس للسلطة التنفيذية فى قيادة القوات المسلحة واعلان الحرب بعد موافقة مجلس الأمة (مادة ١٢٤) وابرام المعاهدات (مادة ١٢٥) وسلطته الأصلية فى تعيين الموظفين المدنيين والعسكريين (مادة ١٢٨) ، كما أن له أن يعلن حالة الطوارئ (مادة ١٢٦) .

واذا كان دستور ١٩٥٦ ، قد أثار الجدل حول طبيعته وهل أخذ بالنظام البرلمانى أو الرئاسى فان دستور ١٩٦٤ ، بايجاده لمجلس الوزراء ورئيس المجلس بجوار رئيس الجمهورية قد أثار الجدل أكثر فيما يتعلق بطبيعته فمن قائل أنه أخذ بالنظام الرئاسى[١] . وذهب رأى آخر[٢] الى أن دستور ١٩٦٤ قد أخذ بالنظام البرلمانى أو بالنظام البرلمانى المتطور[٣] ، أو أخذ بالنظام البرلمانى ولكن ليس بالكامل ولم يتخلص من النظام الرئاسى[٤] ، والواقع أن هذا الدستور قد أخذ ببعض مظاهر النظام البرلمانى وبعض مظاهر النظام الرئاسى أى نظام وسط بين النظامين[٥] .

ويلاحظ بالنسبة لهذين الدستورين : دستور ١٩٥٦ ودستور ١٩٦٤ ،

---

(١) د/ مصطفى أبوزيد فهمى : المرجع السابق - ص ٤٤١ ، ٤٨٨ .

(٢) د/ فؤاد العطار : النظم السياسية والقانون الدستورى - ١٩٦٥ - ص ٧٣٧ .

(٣) د/ محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستورى - ١٩٦٨ - ص ٤٤٥ .

(٤) د/ رمزى الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستورى والنظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ١٩٧٠ - ص ٢٢٧ .

(٥) د/ ثروت بدوى : المرجع السابق - ص ٣٧٤ ، د/ أنور سلامة - ص ٥٠٧ .

أنهما تضمنا فى باب حقوق المصريين وواجباتهما حقوقا اقتصادية واجتماعية مستحدثة بالاضافة الى الحقوق والواجبات التى كانت مقررة فى دستور ١٩٢٣ ، فدستور ١٩٥٦ بعد أن قرر مساواة المصريين فى الحقوق والواجبات ولا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو الدين أو العقيدة (مادة ٣١) وعلى عدم رجعية العقوبة (مادة ٣٢) وعلى حق الدفاع أصالة أو بالوكالة وحظر ايزاء المتهم جسمانيا ومعنويا (مادة ٣٧) وعدم جواز ابعاد المصرى عن الأرض المصرية (مادة ٣٨) وحرمة المنازل وعدم جواز مراقبتها ودخولها الا فى الأحوال المبينة فى القانون (مادة٤١) وحرية الاعتقاد مطلقة (مادة ٤٣) وحرية الرأى والبحث العلمى مكفولة ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير (مادة ٤٤) وحرية الصحافة والطباعة والنشر مكفولة وفقا لمصالح الشعب (مادة ٤٠) وحق الاجتماع المكفولة طبقا (للمادة ٤٦) بالاضافة الى هذه الحريات أورد حريات وحقوق اقتصادية واجتماعية تنص فى المادة ٢١ على حق المصريين فى المعونة فى حالة الشيخوخة والمرض والعجز عن العمل وتضامن المصريين فى تحمل الأعباء الناتجة عن الكوارث والمحن العامة (مادة ٣٢) ، كما أقام تنظيم الاقتصاد القومى على نحو لا يترك لرأس المال المستغل فرصة الوجود أو النمو مع حماية الملكية الخاصة على أن ينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية ، كما قرر حماية الملكية الزراعية الصغيرة (م ١٣) وعلى كفالة الدولة لحق العمل (مادة ٥٢) والتعليم (مادة ٤٩) والرعاية الصحية (مادة ٥٦) والتأمين الاجتماعى (مادة ٢١) .

ونجد أن دستور ١٩٦٤ ردد هذه الحريات التقليدية والاجتماعية

والاقتصادية كما حدد الأساس الاقتصادى للدولة بأنه النظام الاشتراكى الذى يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال ما يضمن بناء المجتمع الاشتراكى بدعامتيه من الكفاية والعدل ونصت المادة ١٢ على أن يسيطر الشعب على كل أدوات الانتاج وعلى توجيه فائضها وفقا لخطة التنمية التى تضعها الدولة لزيادة الثروة والنهوض المستمر بمستوى المعيشة .

وهكذا كانت دساتير الثورة ذات سمة اجتماعية واقتصادية بارزة فى خصوص الحريات والحقوق الواردة بها .

المبحث الثانى

الواقع العملى للعلاقة بين السلطات

من المقرر أن تأسيس السلطة أى الانتقال من مرحلة السلطة الشخصية التى يتمتع بها الحاكم على أنها ملك له ومرتبطة بشخصه الى مرحلة السلطة المجردة التى تجد مصدرها فى الجماعة التى يحكمها هذا الانتقال لم يتم دفعة واحدة وأنه لم ينشأ الا بعد شعور أفراد الجماعة بضرورة قيام سلطة لها طابع الدوام والاستقرار تأخذ بيدها أمور الجماعة وفقا لمقتضيات الصالح العام ، ومنذ ذلك الحين قام الفصل بين السلطة السياسية فى الجماعة والفرد أو الأفراد الذين يمارسونها(١).

فتأسيس السلطة ، لا يتم إلا إذا وجدت المحيط الاجتماعى الملائم لتأسيسها فهو لا يعتمد على ارادة واعية وانما يتوقف تحقيقه على وجود ظروف عادية ومعنوية بحيث يأتى تأسيس السلطة نتيجة طبيعية وضرورية لتطور الاحداث ، ولهذا كان تأسيس السلطة فى الدولة المتقدمة ثمرة تطور تاريخى طويل امتد على مدى قرون وكان تحديث الحياة السياسية يسير جنبا الى جنب مع التقدم الاقتصادى ، فانتشار الدساتير كان ظاهرة مصاحبة للتنمية والتصنيع ، وهكذا ولدت فكرة الدولة وبرز تأسيس السلطة باعتبارها استجابة لحاجة داخلية دون أن يؤثر العالم الخارجي على هذا التحول الداخلى العميق ولذلك فان الدول النامية أو دول العالم الثالث لم تتهيأ لها الظروف التاريخية والاجتماعية والمعنوية اللازمة لتحول سلطة الدولة من سلطة شخصية الى سلطة مؤسسة ، ولهذا كانت دراسة النصوص الدستورية غير كافية لفهم تأسيس الدولة ، فالمؤسسات لا تحمل فى ذاتها

---

(١) د/ ثروت بدوى : النظم السياسية – المرجع السابق – ص ٢٥ ، ٢٦ .

مؤهلات نجاحها من الناحية العملية ، وإنما يتوقف نجاحها على الظروف الاجتماعية والاقتصادية التى تعمل في ظلها[١].

وليست فكرة عدم تأسيس الدولة فى النظم الموجودة فى البلاد النامية، هى وحدها السمة الظاهرة فيها ، بل أن أهم سماتها أن نظمها السياسية لا تعلن صراحة أنها تأخذ بمبدأ تركيز السلطات وإنما تحرص على تأكيد أنها توزع السلطات على هيئات متعددة فى حين أنها تأخذ بتدرج السلطات بحيث تكون السلطة الحقيقية فى يد شخص واحد أو هيئة واحدة بينما تكون الهيئات الأخرى مجرد هيئات تابعة أو ثانوية[٢].

ومن هنا كانت دراسة الدساتير فى عصر الثورة والاكتفاء بهذه الدراسة لتحديد مكانة مركز السلطة التشريعية ، دراسة مضللة الى حد كبير ، فكما أثبت الواقع أن هذه الدساتير لم تكن سوى واجهة لنظام حكم شمولى يركز السلطات فى يد رئيس الجمهورية بصورة جعلت الدستور مجرد واجهة لحكم ديكتاتورى لا يقيم وزنا حتى للدستور .

ولهذا حين يتسنى لنا معرفة هذا الواقع العملى للعلاقة بين السلطات أن نعرف العامل الأساسى والذى كان له الأثر الفعال فى مغايرة الواقع للنظر فى ظل دساتير الثورة ، وهو الطابع الخاص بالثورة ذاتها ، كما يجب أن نوضح أثر هذا الطابع الخاص بالثورة على السلطة التشريعية فى الفروع التالية .

---

(١) د/ سعاد الشرقاوى : النظم السياسية فى العالم المعاصر جـ١ - ١٩٨٢ ص ١٢٠ ، وأنظر فى تأسيس السلطة - مارسيل بريلو - ١٩٦٣ - ص ٢٢٥ - النظم السياسية والقانون الدستورى (داللوز) .

(٢) د/ ثروت بدوى : النظم السياسية - ص ٣١٠ .

الفرع الأول

الطابع الخاص بالثورة

وأثره على الواقع السياسى

كان للثورة المصرية سمات وخصائص تتفق فيها مع سائر الثورات الأخرى وتنفرد فى بعضها مع طبيعة الأرض والشعب المصرى وهذه الخصائص حكمت طبيعة النظام السياسى طوال فترة الثورة وأصبحت بعد ذلك من خصائص هذا العهد الذى أثرت تأثيرا كبيرا فى مجريات الحياة السياسية ابان هذه الفترة ونستعرض هذه السمات والخصائص .

المطلب الأول

شخصية الزعيم وأثرها

على الواقع السياسى

ترجع خصائص أى نظام سياسى الى مجموعة معقدة من العوامل التاريخية والاجتماعية وخصائص الطبقة الحاكمة فى كل مرحلة ، ويمكن القول أن السمات الرئيسية لنظام الحكم فى الخمسينات والستينيات تعود أساسا الى الظروف التاريخية التى ارتبطت بحركة الجيش فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، وتطور وقائعها وأحداثها فى السنوات التالية لذلك ، وأهم سمات هذه الحركة ثلاثة :

(١) أنها حركة عسكرية قوامها رجال عسكريون وأداتها للتنظيم

---

(١) انظر دراسة تحليلية للثورات ، كرين برفتون – من الفكر السياسى الإشتراكى – ترجمة عبدالعزيز فهمى .

العسكرى (تنظيم الضباط الأحرار) ولم يكن ضمن عناصرها شخصيات مدنية ، كما أنها لم تقم بتخطيط مسبق أو تعاون مشترك مع حزب أو حركة سياسية .

(٢) انها حركة سرية قامت بعمل انقلابى ضد نظام الحكم القائم وقتذاك ، وقد أثر ذلك على أنماط السلوك السياسى لقيادتها فيما بعد وهم فى الحكم وبالذات فيما يتعلق بأولوية عنصر الأمن .

(٣) انها لم تمثل تنظيما ايديولوجيا موحدا ولم تكن هناك عقيدة سياسية واحدة تربط القائمين بها والباحث فى تاريخ الثورة يجد أنه بانتهاء الفترة الانتقالية التى تحددث بثلاثة سنوات (١٩٥٣ - ١٩٥٦) واعلان دستور ١٩٥٦ ، يمكن الحديث عن المرحلة الناصرية ، ولا يقصد بذلك فترة حكم الرئيس جمال عبدالناصر وحسب ولكن ان شكل نظام الحكم والسياسات المتبعة خلال هذه الفترة كانت انعكاسا لتفكير وآراء الرئيس عبدالناصر وان الثورة انتقلت من فترة اتسمت بنوع من القيادة الجماعية (مجلس قيادة الثورة) كان لعبدالناصر فيها موقع الأول بين متساويين الى فترة أصبح فيها هو الرئيس غير المنازع فى سلطانه واذا اتسمت هذه الفترة بمركزية السلطة أو السياسات الاجتماعية يبرر عنصر القيادة الكارزمية أو التاريخية ، تتمثل فى شخص الرئيس عبدالناصر وأصبح النظام يستمد قدرا هاما من شرعيته من شخص الرئيس وعلاقته المباشرة مع الجماهير فى مصر والأقطار العربية الأخرى[١] .

ففى بعض النظم - وخاصة البلدان النامية أو دول العالم الثالث -

---

(١) تجربة الديمقراطية فى مصر ١٩٧٠ - ١٩٨١ ، المركز العربى للبحث والنشر ١٩٨٢ - ص ٢٢ ، د/ على الدين هلال .

تكون شخصية الزعيم هى المصدر الرئيسى للشرعية وهذا ما يعرف باسم الشرعية الكارزمية أو الشخصية التى يكون الزعيم هو معقد الأمل وموطن الرجاء وهو المنقذ الذى تنتظر الجماهير على يديه الخلاص على أنه من الخطأ أن يفهم هذا الرأى على أنه يتعلق بالصفات الشخصية للزعيم أو القائد السياسى فحسب وشعبية أى زعيم ترتبط أساسا بما يطرحه من آراء وتطورات ووجهات نظر وبما يثيره من آمال وأحلام لدى أنصاره ، والمقصود بالشرعية الكارزمية أو الشخصية أن الولاء السياسى للمواطنين لا يتجه الى مؤسسات النظام أو الى أيديولوجية ولكن الى شخص الزعيم الذى يجسد هذا النظام وسياساته وممارساته[1].

ولقد أرجع عديد من علماء الاجتماع نجاح الشخصية الكارزمية للرئيس جمال عبدالناصر ، ليس فقط الى ما يتمتع به من صفات تؤهله لاستغلال شخصيته فى السيطرة على مقومات الأمور فى البلاد فقط ، ولكن ترجع أيضا الى عاملين هامين مساعدين على نجاح الحكم الشخصى له ويتعلق أحد هذين العاملين بطبيعة النخبة العسكرية الحاكمة ، والثانى يتعلق بطبيعة الشعب المصرى ذاته ، فمن ناحية النخبة العسكرية ، فالواضح أنه بعد نجاح الثورة وبداية بسط قبضتها على حكم البلاد لم يكن من الممكن ان تعتمد فى تسيير شئون البلاد الا على العسكريين باعتبارهم الأكثر جدارة بالثقة من المدنيين ، ولهذا كانت النخبة العسكرية هى الحاكمة بصفة عامة بعد الرئيس سواء كان ذلك بتغلغلهم فى المناصب السياسية المتميزة كالسلك السياسى أو التنظيمات السياسية الداخلية كمحافظين ،

---

(١) النظام السياسى لثورة ١٩٥٢ - المركز العربى للبحث والنشر ١٩٨٣ - ص ٢٦ ، د/ على الدين هلال .

فحركة الجيش لم تكن من عمل نواة محدودة العدد والتى شكلت مجلس قيادة الثورة فقد شاركت فى هذه الحركة اعدادا واسعة من الضباط وأصبح ضروريا ابعاد هؤلاء عن صفوف الجيش بعد نجاح الحركة ولكن لم يكن معقولا معاقبتهم على اشتراكهم فى الحركة ، فجرى توزيعهم على المناصب المختلفة والمؤسسات العامة كمكافأة لهم ، ففى الفترة الممتدة من وزارة محمد نجيب التى شكلها فى يوليو ١٩٥٢ وحتى آخر تعديل وزارى أجراه عبدالناصر فى ٢٨/١٠/١٩٦٨ بلغ عدد من تولوا المناصب الرئيسية فى النخبة السياسية التى تولت السلطة فى مصر ١٣١ شخصية بينهم ٤٤ من العسكريين والباقى من المدنيين بنسبة ٦و٣٣٪ .

(مع ملاحظة أن هذه الفترة شملت عدة سنوات قبل قيام الحكم الناصرى فعلا فى ١٩٥٦) أما منصب رئيس الوزراء فقد تولاه عسكريون طوال هذه الفترة (عدا على ماهر لمدة قصيرة فى مستهل العهد الجديد ٢٤/٧/١٩٥٢ حتى ٦/٨/١٩٥٢)[١]، وقد بلغت نسبة الضباط خلال الفترة التى أعقبت الانفصال أعلى نسبة فى تاريخ الحركة فعشرة من ١٢ من العسكريين فى مجلس الرئاسة ومجلس الوزراء ، ١٠ وزراء ونواب وزراء من ٢٩ عضوا ثم ارتفعت النسبة فى وزارة ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ لتكون ٥٠٪ من بين رئيس وزراء ونواب رئيس وزراء ونواب وزراء والعسكريون فى عملهم لهم طبيعة خاصة ، فالحياة العسكرية تنمى فى الضباط الروح الفردية والطاعة ومثل هذه الحياة تخلق فى الضباط ما

---

(١) النظام السياسى لثورة ١٩٥٢ - المركز العربى للبحث والنشر ، د/ عبدالغفار رشاد - ص١١٤، وانظر الضباط العرب فى الشئون السياسية العربية والمجتمع العربى - القسم الأول - اعداد مركز البحوث والمعلومات ص ١٥٠ ، وانظر المجتمع المصرى والجيش ، د/ أنور عبدالملك - ترجمة محمود حداد - بيروت - دار الطليعة ١٩٧٤ - ص ٣٧ وما بعدها .

يسمى بعيوب المهنة ولكل مهنة عيوبها كما لها فضائلها وهي عند الضباط تتمثل فى هذا الالتزام الغريب بتنفيذ الأوامر وتجنب المنافشة أو عدم القدرة عليها والانعزال عن المجتمع لارتباطهم غالبا بحياة المعسكرات وأغلب العسكريين كانوا من ضباط المخابرات العامة أو الحربية ، الأمر الذى انعكس على أسلوبهم فى الحكم ، حيث اعتمدوا على الإنطلاق وكتابة التقارير[1] واذا كان إعتماد عبدالناصر الأساس فى الناحية القيادية على العسكريين فلنا ان نستخلص أثر هذا الاعتماد فى تزكية وتأييد طابع شخصيته الكارزمية وأثر ذلك علي وجوب الطاعة له فى جميع هذه المناصب القيادية وعدم تقبل النقد ان وجد والأغلب الأعم هو محاولة تنفيذ أوامره ورغباته دون مناقشة فيها والعامل الثانى الذى ساعد على نمو وثبات شخصية عبدالناصر الكارزمية ومهد له الحكم المطلق هو ما انتهى اليه علماء الاجتماع تحليل لطبيعة الشعب المصرى فقد صنف علماء الاجتماع المجتمع المصرى تحت اسم نمط الانتاج الأسيوى وأطلق هذا الوصف على المجتمعات التى توجد بصفة خاصة فى الهند والصين والشرق الادنى والتى تتسم ببعض الخصائص المشتركة والتى من أهمها القوة المطلقة للسلطة السياسية والتي قد تصل الى درجة الاستبداد الشرقى، فهو تعبير عن أشد اشكال السلطة المطلقة تطرفا وارتبطت نشأة المجتمع ذو نمط الانتاج الأسيوى ، بنمو السلطة المركزية القوية ويتحول الإنسان من حرف الصيد والرعى الى الزراعة المستقرة ، ومنذ أن توصل المصريون القدماء إلى حرفة الزراعة أصبح لنهر النيل أهمية محورية فى حياة المصريين ، ونظرا لأهمية نهر النيل ، كان له جانبان كبيران فى حياة المصريين الأول

---

(١) أحمد حمروش : قصة ثورة ٢٣ يوليو جـ٣ - مجتمع عبدالناصر - المؤسسة العربية للدراسات والنشر - ١٩٨١ - ص ١٤٠ .

الخطر المشترك من نقص مياهه مما يؤدى اليه ذلك من مجاعة، والثانى الفائدة المشتركة من استغلال مياهه وأدى ذلك الى سيادة الوحدة والنظام فى مختلف مراحل تطور المجتمع المصرى ، وأدى ذلك الى ان كان الشعب المصرى منذ أقدم عصوره مطيعا للأوامر والنظام ومستكينا للعرف والقوانين ، أى أن الولاء والطاعة والخضوع كانت أشبه بالصفات الفطرية فى الشعب المصرى التى حتمتها ظروفه الجغرافية والبيئية وتجد السلطة المركزية القوية فى مصر تفسيرها فى الطابع النهرى سالف البيان حيث ترتب على الأعمال والمشاريع التى يعترضها ويتطلبها مجتمع النهر ضرورة وجود نوع من التنظيم القوى الذى يتغلغل ويسيطر على المجتمع بأكمله ، وهو ما أدى الى ظهور السلطة المركزية القوية والمؤثرة ، ويمكن القول مع بعض التجاوز بوجود ما يشبه العقد الاجتماعى بين الفلاح فى مصر وبين حاكميه أو السلطة المركزية وتنازل الفلاح فى مصر من أقدم العصور بموجب هذا العقد عن كثير من حقوقه وحرياته لصالح السلطة المركزية ، لكى تقوم تلك السلطة بالتعامل مع النهر وحماية الفلاح من أخطاره وضمان انتفاعه بمزاياه وفوائده لأن الفلاح لم يكن فى استطاعته التعامل مباشرة مع النهر مما جعله يتجه الى الاعتماد على السلطة المركزية كى تكون بمثابة الوسيط بينه وبين النهر ، وعليه تكون قوة السلطة المركزية التى قد تبلغ درجة التطرف أحد السمات الهامة المميزة لمجتمع النهر فى مصر سواء كانت النخبة الحاكمة فى المجتمع من رجال الدين أو الكهنة أو العسكريين أو المدنيين .

أى أن النهر قد فرض على مصر أن تتجه نحو الوحدة والتآلف ومن هذه الوحدة والتآلف الى المركزية السياسية ثم من المركزية السياسية الى نمط من المركزية السياسية المتطرف ، أقرب الى الاستبداد الباطن واذا كان

المجتمع المصرى قد تغير فى جميع جوانب حياته المادية وغير المادية بدرجات متفاوته الا ان نظام الحكم الاستبدادى المطلق أو الفرعونية السياسية لا يزال موجودا وأن تنكر فى أشكال ومسميات مختلفة ومتعددة[١].

وقد ساعد على تطرف السلطة المركزية فى مصر وميلها الى الاستبداد ضعف أو غياب الضوابط الدستورية أى الغياب الموضوعى لا الشكلى فالدستور قد يوجد شكلا ولكنه لا يمثل ضوابط حقيقية على السلطة الحاكمة وغياب الضوابط الاجتماعية الفعالة والاعتبارات الاقتصادية وأوضاع الموقع - موقع البلاد وحاجتها للحماية ازاء حدودها المفتوحة - وأخيرا فان هناك عاملين أساسيين قويا الى حد كبير من استبداد السلطة المركزية ، أولهما عبادة السلطة أى المبالغة فى تبجيلها واحترامها. حيث غدا ذلك أحد خصائص السلوك فى مصر وبعبارة أخرى أحد القيم المتميزة للثقافة السياسية للجماهير فى مصر ، وهذا ناتج أيضا من طبيعة المجتمع المصرى منذ أقدم العصور من تأليهه للحكام وطبيعة الأوضاع الاقتصادية والأمنية للبلاد ، فالفلاح المصرى يميل الى طاعة الحكومة وعدم الثورة عليها ، الا اذا تأثرت بيئته المادية تأثرا شديدا فانه يمكن أن يثور فى هذه الحالة معبرا عن الاستياء وعدم الرضا ، والثانى السلبية السياسية حيث يميل الشعب المصرى فى علاقته بالحكومة أو بالسلطة السياسية بنوع

(١) انظر مفهوم النمط الأسيوى فى الانتاج - فى رسالة ، د/ عاطف أحمد فؤاد - السلطة والطبقات الاجتماعية فى مصر ١٩٧٥ - ص ١٧٢ ، والتحليل الوارد فى المتن هو تحليل د/أكرم بدرالدين - كتاب النظام السياسى لثورة يوليو - الثقافة السياسية فى مصر عناصر الثبات والتغير - ص ١٣٠ وما بعدها ، وصاحب تفسير الفرعونية السياسية د/ جمال حمدان - مؤلفه شخصية مصر - دراسة فى عبقرية المكان والقاهرة - عالم الكتب ١٩٨٠ - ص٣٩.

من السلبية وهذه السلبية نجد تفسيرها فى قوة السلطة المركزية فى مصر ولهذا أصبح كل انجاز فى مصر أو خطوة الى الأمام أو قرار هام نابعا من جهاز الدولة ، أى من أعلى ولا يأتى بمبادرة من الشعب ، مما أدى الى نمو واتساع اللامبالاة السياسية والسلبية وما يعنيه ذلك من انخفاض فى درجة المشاركة السياسية[١].

---

(١) د/ اكرام بدرالدين - المرجع السابق - ص ١٤٢ .

والواقع أن هذا التحليل وان كان يؤيد الى حد كبير ما انتهت اليه سابقا من وجود عوامل أخرى ساعدت شخصية الرئيس عبدالناصر الديكتاتورية على أن يمسك بيده كافة الخيوط المحركة للتنظيم الداخلى وللسياسة الخارجية على حد سواء الا أ هذا التحليل فى رأينا لا يصلح كتحليل صحيح تماما فى العصر الحديث فالمتتبع لتاريخ نظال الشعب المصرى منذ منتصف القرن التاسع عشر وثوراته ضد الفرنسيين وحركة عرابى وثورة ١٩١٩ ، والمظاهرات التى قامت ضد الاحتلال البريطانى وضد الملك نفسه فى أواخر عهده قبل قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ والتأييد الجارف للوفد ضد الملك وهو صاحب السلطان فى البلاد وحرية الصحافة والتى تسببت فى هذا الوعى - هذه الحركة فى الشعب المصرى لا يسرى عليها نتائج هذا التحليل وان ما أدى الى قيام هذه التحاليل فى رأينا هو ما شاهدناه فى الأونة الأخيرة من السلبية السياسية وعبادة السلطة وفى رأينا ان هذا نتاج العهد الناصرى ذاته ، فالقبض على البلاد بيد من حديد واستخدام أساليب القهر والسجن والتعذيب والنفى والتشريد لتكميم الأفواه واختفاء حرية الصحافة والقيام بحركة تعتيم اعلامى قام شمل الشعب المصرى كله ، قد أدت هذه الأساليب الى أنهيار كل مقاومة للنظام وأظهرت هذه المساوئ عبادة السلطة وطبيعة المجتمع النهرى والسلبية السياسية كسمات للشعب المصرى فى ذلك العقد مثله فى ذلك مثل عهود قدماء المصريين نظرا لوسائل القهر الشديدة التى استعملت فى مواجهة الشعب المصرى فى كلا العهدين والتضليل الاعلامى الضخم للشعب المصرى ، فكيف لهذا الأخير فى هذا العهد أن يعلم بصحة أو كذب ما يقوله الزعيم آنذاك ؟ فالثورة لم تتسلم مصر وشعبها يعبد السلطة ، أو غير مبال بما يجرى سياسيا ، بل كانت الثورة نتاجا لكفاح الشعب المصرى ضد القصر والاحتلال ولم تفعل الثورة سوى أن جنت ثمار هذا الكفاح الذى أدت اليه حرية الصحافة تلك التى وصلت آنذاك فى عام ١٩٥١ ، ١٩٥٢ الى مرحلة لم تصلها قط فى تاريخ مصر حتى الآن ، ولذلك وعى قادة الثورة هذا الدرس جيدا وأصبحت الصحافة صحافة حكومية مكبلة بأغلال الرقابة ، وبذلك قضى على الرأى العام وانتهت مرحلة التجاوب الوجدانى للشعب مع ما يدور فى وطنه ومن هنا ضعف الرأى العام وأصبح رأيا زائفا قائما على ما تمليه الحكومة على الشعب ، بل أن المتتبع لمختلف مراحل تطور الشعب المصرى نحو قوميته يجد أنه منذ عصور المماليك اظلاما وقهرا للمصريين فان المصريين قاموا بثورات عديدة ضد هؤلاء المماليك بالرغم من احتراف المماليك للعمل =

وعليه وبابراز هذا الطابع للحكم في هذه الفترة وأول عناصره شخصية الزعيم فهناك عوامل أخرى ساهمت في تكوين صورة النظام السياسى فى ذلك العهد ولكن كل هذه العوامل تحمل الى حد كبير بصمات هذا العامل الأول شخصية الزعيم المتسلطة(١) ، لأن التحليل العلمى الصحيح لشخصية الشعب المصرى ، يجب أن يقوم على تحليل لهذه الشخصية قبل أن تنطبع عليها الصفات التى فرضها عليه طبيعة النظام ذاته(٢).

= العسكرى وعدم تسليح المصريين ، وكذلك عرفت مصر منذ عهد بعيد تلك المعاهدات بين العلماء والمماليك لوقف اعمال السلب والنهب من ناحية وبانهاء أحد ثورات المصريين من الناحية الأخرى، فالشعب المصرى عريق فى نضاله ضد المحتلين .

انظر فى ثورات المصريين تاريخ الفكر المصرى الحديث الخلفية التاريخية . د/ لويس غوض - كتاب الهلال وكذلك كتاب فى أصول المسألة المصرية . صبحى وحيدة - سنة ١٩٥١ .

وفى رأينا أنه لو تعرض أى شعب من الشعوب الآخرى - لهذا القهر والتعسف الذى وقع عليه فى عهد الثورة لأصبح الشعب أى شعب فى مثل هذه السلبية السياسية وعبادة السلطة التى تعانى منها الآن كنتاج للعهد الناصرى وليس نتاجا لطبيعة فى شعبنا والدليل على ذلك وجود أمم أخرى لا تنطبق عليها ذات صفات المجتمع النهرى أو النمط الأسيوى للانتاج ، سادت النظم الديكتاتورية فيها حتى أصبح الشعب غريبا فى وطنه مثل أسبانيا فى عهد فرانكو والبرتغال فى عهد سالازار واليونان تحت حكم العسكريين وغيرها من صور الديكتاتورية والنظام الفاشى والنظام النازى من هنا كان تحليل طبيعة الشعب التى أوضحناها هى مجرد تبرير لخضوعه فى العصر الناصرى لا تحليلا علميا لطبيعة الشعب المصرى .

(١) يذهب د/ وحيد رأفت بحق الى أننا كنا قد بدأنا فى التحرر من ظاهرة عبادة السلطة وقداسة الحاكم وذلك بعد سريان دستور ١٩٢٣ وذلك من خلال وقوف أحزاب الأقلية أمام حزب الاغلبية بفضل التنظيم الحزبى الناجح لبعض الأحزاب ووجود حرية صحابة ترفع ما بين الحاكم والمحكوم من سدود ، د/ وحيد رأفت - القوانين المنظمة للحريات - ص ٢٥) .

(٢) انظر د/ على ليلة : الدراسة العلمية للشخصية المصرية ، وانظر اشارته وتحليله لطابع العنف فى هذه الشخصية ص ٩٧ ، وانظر د/ سيد عويس - من ملامح المجتمع المصرى - هامش سنة ١٩٦٥ ، وانظر محمد عودة - الفلاحون والدولة ص ١٦٥ .

المطلب الثانى

غياب التنظيمات السياسية الفعالة

بعد قيام الثورة صدر اعلان دستورى فى ١٧ يناير ١٩٥٢ ، بحل جميع الأحزاب السياسية ومصادرة أموالها لصالح الشعب(١) والواقع أنه يجب أن يستند أى نظام للحكم يبغى الاستقرار أو يعمل علي الاستمرار في الحكم يجب أن يستند الى قاعدة شعبية تسنده ، وهذه القاعدة الشعبية تكون متمثلة ، فيما يحصل عليه الحزب الحاكم من تأييد يفوق الأحزاب الأخرى وذلك فى الانظمة الديمقراطية أو يعتمد على حزب واحد يستمد منه قوته ونفوذه ، كما فى البلاد الماركسية وكثير من أنظمة الحكم الديكتاتورى التى تستند الى مثل هذا التنظيم الواحد لاضفاء شرعيته على شكل النظام بوصفه نظاما قائما على المؤسسات السياسية ، وأنه يحظى بتأييد الشعب حيث تكون من أولى مهام هذا التنظيم الواحد تجمع أفراده فى مختلف المؤسسات للتعبير عن الولاء للشخص الحاكم .

وإذا نظرنا الى واقع ثورة يوليو نجد أنها قامت دون أن يكون هناك اطار ايديولوجى تقوم عليه أو ترتكز اليه أى أنه لم يكن لها مضمون فكرى أو تطبيقى لمختلف الشعارات التى قامت برفعها ، وعلى حد قول قائدها لو كانت لدى الثورة من الوقت لعمل نظرية ما قامت الثورة(٢) .

---

(١) انظر التطورات التى أدت الى هذا القرار فى فصول من ثورة ٢٣ يوليو ، د/ وحيد رأفت ص ٨٤ - دار الشروق - سنة ١٩٧٨ .

(٢) د/ سعد عصفور : النظام الدستورى المصرى - دستور ١٩٧١ ص ٤٠ ، وانظر د/ عصمت سيف الدولة - تطور مفهوم الديمقراطية من الثورة الى عبدالناصر إلى الناصرية - مجلة المستقبل العربى سنة ١٩٨٣ - ص ٤٩ .

وعليه ولما قامت الثورة بالغاء الأحزب السياسية لم تنجح قط فى ملء الفراغ الذى خلفته الأحزاب ، لأنها لم تكن تعرف على وجه دقيق كيف يملأ الفراغ ، فقد أقامت الثورة ثلاث منظمات شعبية هى هيئة التحرير والاتحاد القومى والاتحاد الاشتراكى على التوالى ، وذلك كى تسد الفراغ الذى نشأ بعد حل الأحزاب وهى منظمات كما هو واضح من أسلوب نشأتها قد أنشأتها السلطة أى لم تكن ذات صيغة شعبية فى نشأتها ولم يكن مسموحا لأى من أفراد الشعب أن يتجه الى انشاء مثل هذ التجمعات، ويمكن ملاحظة أن جميع أعضاء هذه المنظمات قد انتقلوا من الواحدة الى الأخرى عقب الغاء الأولى وانشاء الثانية وهذه المنظمات السياسية وأهمها هو الاتحاد الاشتراكى العربى الذى تقرر وجوده فى ميثاق العمل الوطنى عام ١٩٦٢ ، قد آثار خلافا فى الفقه حول طبيعتها وهل هى أحزاب سياسية أم احدى سلطات الدولة الأخرى(١) . وعلى حد قول أحد المؤرخين أن هذه القضية شغلت فكرنا السياسى آنذاك مع ان هناك قضية أهم هى أن هناك وظيفة سياسية يجب أن تؤدى فى المجتمع بغض النظر عن اسم التنظيم أو المؤسسة وهذه الوظيفة السياسية تتضمن الربط بين الحاكم والمحكوم وأن يوفر التنظيم قنوات اتصال فعالة بينهما ، وأن يعبر عن مصالح ومطالب الفئة أو الفئات التى تتحدث باسمها ولكن هذه التنظيمات اتسمت بالواحدية ورفض قبول الصراع الفكرى وتعدد الآراء فى اطارها ، كما اتسم التنظيم بالخلط بين مفهومى التعبئة والمشاركة ، فالتعبئة ليست بديلا عن المشاركة السياسية التى تعنى أن يطرح المواطنون رغباتهم ومطالبهم وأن تكون السياسة العامة انعكاسا لذلك وتعبيرا عنها بل ان

(١) انظر فى الخلافة د/ عبدالحميد متولى - الحريات العامة - دار المعارف ١٩٧٤ ص ٢٠٩ .

التنظيم السياسى لم يكن سياسيا بحق فجوهر أى تنظيم سياسى هو مشاركته فى السلطة وفى رسم السياسة العامة فى المجتمع الا أن التنظيم لم يشارك بصورة حقيقية أو ملموسة فى السلطة ، فالقرارات الكبرى فى حياتنا السياسية والاجتماعية لم تتخذ فى اطاره ، بل أعلنت خارجه مثل تأميم القناة والوحدة مع سوريا والتدخل فى اليمن وقوانين وقرارات التأميم والحراسات مما يظهر التنظيم السياسى معزولا عن المجرى العام للأمور الذى كانت تقرره السلطة التنفيذية[١] .

ويمكن أن نفهم من ذلك مدى الضعف الذى كانت عليه هذه التنظيمات الشعبية وهى التنظيمات التى اناطت بها الدساتير المختلفة الموافقة على ترشيحات الأفراد لمجلس الأمة ، بل وربطت بين عضوية التنظيم وبقاء الصفة النيابية فهذه التنظيمات المنشأة من قبل السلطة التنفيذية لم يكن متصورا أن تكون ذات أثر مخالف لإرادة السلطة التى أنشأتها ويعد هذا المنطق هو امتداد لتأثير السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية فى عهود ما قبل الثورة ، غير أن هذا العصر تميز بسيطرة السلطة التنفيذيه على التنظيمات الشعبية التى تفرز الأعضاء المكونين لمجلس الأمة ولعل هذا الأثر السلبى للتنظيمات السياسية ناتج ليس فقط لخلق هذه السلطة لهذه التنظيمات ولكن للشخصية الكارزمية للرئيس عبدالناصر وقدرته على التخاطب مع الجماهير مباشرة دونما حاجة الى مؤسسات أو أجهزة وسيطة[٢] .

وبعبارة أخرى امتلكت ثورة يوليو قيادة شعبية لها تأييد سياسى

---

(١) د/ على الدين هلال : الديمقراطية فى مصر – المرجع السابق – ص ٣١ .

(٢) د/ على الدين هلال : تجربة الديمقراطية – المرجع السابق – ص ٣١ .

جارف ولكنها لا تملك التنظيم السياسى الذى يسمح لها بتعبئة هذا التنظيم وترجمته الى واقع سياسى وارتبط ذلك بغياب الأطر التنظيمية السياسية التى تسمح بالمشاركة السياسية ويسيطرة جانب التعبئة على جانب المشاركة فى العمل السياسى وبرفض النخبة الحاكمة الاعتراف بالقوى والتيارات السياسية الأخرى فى البلاد ويفرضها نوعا من الاجماع السياسى مما جعل التيارات الأخرى لا تجد لها متنفسا فى اطار الشرعية القائمة[١]، واذا كانت هذه التنظيمات الشعبية المسئولة وفقا للدساتير المختلفة سواء دستور ١٩٥٦ أو ١٩٦٤ والقوانين الخاصة بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية عن عدم الاعتراض على المرشح لمجلس الأمة كما هو منوط بالاتحاد القومى أو أن يكون المرشح عضوا عاملا بالاتحاد الاشتراكى العربى ، فلنا أن نتصور مدى استقلالية مجلس الأمة بوصفه الجهة المنوط بها رقابة الحكومة - مدى استقلاليته عن السلطة التنفيذية وعلى حد تعبير أحد كبار فقهاء القانون الدستورى أن قانون الاتحاد الاشتراكى الصادر سنة ١٩٦٨ فقد أصدره السيد رئيس الجمهورية بصفته رئيسا للاتحاد الاشتراكى وهذا النظام الأساسى أو القانون ، ليس للاتحاد الاشتراكى أو رئيسه صفة اصدار القوانين[٢].

والواقع أن تحليل هذه التنظيمات الشعبية يدل على أنها صورة من صور أنظمة الحزب الواحد من تلك الأحزاب التى تنشئها الحكومة ، لا ذلك الذى ينشئ الحكومة وان حاول قادة الثورة أو كثير من الفقهاء اطلاق أوصاف أخرى عليه فالحاجة الى ملء الفراغ الناشئ عن حل الأحزاب

(١) د/ على الدين هلال : النظام السياسى - ص ٣٠ .
(٢) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق - ص ٣١٥ .

ومحاولة ايجاد تنظيم شعبى يستند اليه النظام الحاكم قد أديا به الى انشاء هذه التنظيمات ولم يكن من المنطق بعد كل الهجوم الذى شنته الثورة على نظام الأحزاب ان نطلق صراحة على هذه التنظيمات وصفة الحزب ولكن هذه المخالفة فى التسمية لا تغير من حقيقة الأمر[١].

وليس أدل على ضعف فعالية الاتحاد الاشتراكى كوعاء لتنظيم المشاركة السياسية للجماهير من فقدان الاهتمام والالتزام بين قطاعات واسعة من اعضائه وأحد المؤشرات الهامة هي اشتراكات العضوية ، ففى عام ١٩٦٨ دفع ٤٪ من الأعضاء اشتركاتهم والغالبية العظمى من هؤلاء كانوا من العمال والفلاحين الذين كانت اشتراكاتهم تدفع عن طريق الخصم الروتينى ولذلك لم يكن غريبا أن العاملين فى الزراعة وفى الوحدات الانتاجية الصغيرة والذين لم يخضعوا لنظام الدفع الروتينى لم يتعدوا نسبة ٢ إلى ٣٪ وبدلا من أن يقوم الاتحاد الاشتراكى بوظائفه السياسية أخذ شيئا فشيئا فى الاضطلاع بالوظائف الادارية لتولى المناصب القيادية فيه بحيث طبع العمل فيه بطابع روتينى مكتبى ويرجع السبب الرئيسى فى هذا الى نشأته من جانب السلطة السياسية القائمة أكثر منه من جانب الجماهير أى أن عناصر عديدة نظرت الى الانضمام على أنه مسألة روتينية اجبارية وكان شعار العمل السياسى هو خدمة الجماهير سببا فى تولى الاتحاد الاشتراكى مهام تنفيذية وحزبية ونظرا اليه على أنه ليس أداة للمشاركة الطوعية من جانب المواطنين فى الحياة السياسية وانما فى الأساس أداة

---

١) د/ عبدالحميد متولى : المرجع السابق – ص ١٨٧ ، والقوى والمعلومات – بول هاندوسيدى السكندر – جـ٢ ص ٢٧٧ .

لتدعيم النظام السياسى[(١)] .

ومن هذا العرض نصل الى هامشية تأثير التنظيمات الشعبية وبالتالى عدم فعاليتها فى المشاركة السياسية مما انعكس بصفة اساسية على المؤسسات الدستورية .

فكما سبق وأوضحنا أن تأسيس السلطة هو من سمات الدول الديمقراطية الحديثة فالى جوار النظم التى تكون شخصية الزعيم هى المصدر الرئيسى للشرعية كما هو الحال فى النظام المصرى تحت الحكم الناصرى هناك نظم أخرى تجد مصدر الشرعية فى الايديولوجية الشرعية التى تعلن الدولة التزاماتها به وتختلف هذه الايديولوجية من نظام لآخر ، فقد تكون ذات طابع دينى (كالاسلام فى السعودية وايران) أو قومى (حزب البعث فى سوريا والعراق) أو ماركسى ، وتغدو هذه الايديولجية فى أحسن الحالات مصدرا للسياسات الرسمية ومرشدا للسلوك السياسى ولعملية التغير الاجتماعى وفى اعتبارها تبريرا للسياسات المتبعة بحيث تكتسب هذه السياسات قدرا من شرعيتها .

أما النظم الديمقراطية ، فيكمن مصدر الشرعية فى البناء القانونى فى المؤسسات التى يقيمها النظام من حكومة وبرلمان وانتخابات دورية وأحزاب ونقابات مهنية وعمالية وهو ما يسمى بالمصدر القانونى العقلانى للسلطة والشرعية أو بالتعبير المصرى دولة الموسسات وسيادة القانون ، ويرتبط بذلك المصدر أن يكون الانجاز والفعالية السياسية والاقتصادية هما

---

(١) الثورة والتغير الاجتماعى ، ربع قرن بعد ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية ، اشراف السيد يسن - ص ٥٣ (المشاركة السياسية) وانظر القوى المحركة للسياسة - ص ٢٧٩ .

مصدر الشرعية فى المجتمع وأساس العلاقة بين الحاكم والمحكوم[١].

وإذا نظرنا الى دساتير الثورة من حيث تنظيمها للسلطات نجد هوة واسعة بين استقراء هذه الدساتير نظرية وما حدث فعلا فى خصوص توزيع السلطة فى المجتمع ، فدساتير الثورة قد افسحت المجال لمؤسسات عديدة فى الدستور ، كرئاسة الجمهورية والوزارة أو الحكومة ومجلس الأمة وأشارت إلى النقابات .

فاذا نظرنا الى سلطة الرئيس فى تعيين الوزراء واقالتهم وجدنا أن هذا يمثل نظاما لدمج السلطات لا توزيعها ، ذلك أنه تنفيذا للميثاق فقد نص دستور ١٩٦٤ ، فى المادة ٤٩ منه على أن يحدد القانون عدد الأعضاء المنتخبين فى مجلس الأمة وشروط العضوية ، ونص القرار الجمهورى بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٤ على شروط الترشيح لعضوية مجلس الأمة ، ومنها أن يكون المرشح عضوا عاملا فى الاتحاد الاشتراكى العربى ومضت على عضويته هذه مدة سنة على الأقل ، واذا أخذنا فى الاعتبار أن الرئيس جمال عبدالناصر بصفته رئيسا للاتحاد الاشتراكى العربى، أصدر قرارا بالقانون الأساسى للاتحاد الاشتراكى العربى وبصرف النظر عن عدم صحة وصف مثل هذا القرار بالقرار بقانون - فاننا نجد أنفسنا أمام نظام تندمج فيه السلطات أيضا ، اذ يصبح رئيس السلطة التنفيذية فضلا عن هيمنته على السلطة التنفيذية والوزارة أصبح مهيمنا على تشكيل السلطة التشريعية ولا يمكن فى الواقع ان نحمل الطابع الرئاسى فى هذه الدساتير الذى أضفى سلطات عديدة لمنصب رئيس

---

(١) النظام السياسى ص ٢٧ ، د/ على الدين هلال .

الجمهورية ، أن نحمله المسئولية عن هذا الدمج فى السلطات ، فسلطات رئيس الجمهورية فى كثير من النظم الديمقراطية ، كالنظام المعمول به فى فرنسا وفقا لدستور ١٩٥٨ ، المعدل فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢ ، قد أعطى سلطات واسعة لرئيس الجمهورية متشابه مع تلك الواردة فى دساتير الثورة فى حين لا يقرر مسئوليته مسئولية تتفق مع سلطته هذه . وكذلك النظام الرئاسى فى الولايات المتحدة فهو يضفى سلطات واسعة علي منصب رئيس الجمهورية غير ن هذه السلطات وان لم يحدها عملا الا المؤسسات المختلفة الموجودة فى البلاد ومبدأ الفصل بين السلطات بما تعنيه من توزيع السلطة بين عديد من المؤسسات فهى وان ركزت السلطة فى حقيقة الأمر فى يد الرئيس الا أن الأسلوب الديمقراطى فى الانتخابات واستقلال المؤسسات بعضها عن بعض وقيام نظام الأحزاب جعل تركيز السلطة فى يد الرئيس يحده عملا قوة الرأى العام والأحزاب أى أن مركز الرئيس وان كان قويا الي حد كبير غير أنه ليس بالمؤسسة الوحيدة القائمة فى الدولة ، بل أن اجتماع المؤسسات الأخرى مع قوة الرأى العام تحد الى درجة كبيرة من امكان طغيان صاحب هذا المنصب ، فالنظام الرئاسى ذاته وان ضخم سلطات رئيس الجمهورية أزاء المؤسسات الأخرى غير أنه لم يقض على هذه المؤسسات أو لم يجعل وجودها شكليا[1] .

---

(١) انظر فى النظام الرئاسى فى فرنسا ، دراسة تاريخية للأفكار القانونية والسياسية ، تأليف هوجناى، باريس - رسالة ١٩٦٧ ، مسئولية رئيس الدولة فى النظم الدستورية المعاصرة جوردون، ومقدمة لبارتلمى ١٩٣١ ، باريس ، ورئيس الدولة الجمهورية - تأليف ميشيل ديبو اس ١٩٣٧ ، وانظر تحليلا لانظمة الحكم الفرنسية والامريكية ، د/ محسن خليل - المرجع السابق - ص ٣٣٠ . د/ أنور الاهوانى فى رئيس الدولة فى النظام الديمقراطى بالاضافة الى مراجع القانون العام كاندريه هوريو ، وانظر مدى توازن السلطة مع المسئولية فى الدولة الحديثة ص ٣١٢ هوريو - القانون الدستورى ص ٣١٤ .

فالنظم الدستورية الرئاسية توازن بين سلطات رئيس الجمهورية المنتخب مباشرة من الشعب ، بفصل يكاد يكون كاملا بين السلطات واستقلال يكاد يكون كاملا للسلطة التشريعية .

ولذلك يمكن القول أن أحد المبادئ الأساسية فى بناء الدولة الناصرية هومبدأ الدمج بين السلطات وان استقرار هذ الدمج بين السلطات على قمة الدولة قد ميز الدولة الناصرية بما يمكن أن يسمى حكومة الادارة ، وذلك بقدر ما جعل جهاز الادارة هو المؤسسة الوحيدة فى الدولة وبقدر ما ناط بها من صلاحيات فى رسم السياسة وتقريرها فضلا عن وظيفة الجهاز الأساسية فى التنفيذ وكان العمل السياسى لا يجد فى الأساس أسلوبا لتنفيذه ، الا الأسلوب الادارى وكان العمل الادارى يرقى بدوره كثيرا الى مرتبة القرارات السياسية وامتزاج أمن الادارة بأمن الدولة ونقدها بنقد الدولة وتجسيد النظام السياسى فى هذا الكيان الأوحد ، لقد كانت السلطة التنفيذية دائما قوية فى مصر قبل ثورة ١٩٥٢ ، وزادتها الثوة قوة حتى صارت مؤسستها السياسية الوحيدة ثم جاءت قرارات التأميم ونشأة القطاع العام ، وقيام الدولة بالدور الأكبر فى التنمية الاقتصادية ، جاء هذا كله ليضيف الى تلك السلطة قوة ونفوذ اعلى مما أدى الى رسوخ مبدأ الدمج بين السلطات ونمو الدولة كمؤسسة وحيدة تمزج السياسة فيها بالادارة ، فأعضاء اللجنة التنفيذية العليا للاتحاد الاشتراكى ، كانوا يشتغلون بمراكز القيادة فى الدولة واعتبر جميع الوزراء والمحافظين أعضاء فى تنظيمات الاتحاد الاشتراكى وصدر اعلان دستورى فى ١٩٦٩/١/٧ ، اشترط ضرورة استمرار عضوية الاتحاد الاشتراكى لاستمرار عضوية مجلس الأمة أى أن العضوية تنقضى بالنسبة لعضو مجلس الأمة الذى يفقد صفة العضو

العامل من الاتحاد الاشتراكي[١]، وأدى هذا الى المركزية الشديدة في بناء اجهزة الدولة ، حتى تصل الى قمة الهرم في شخص رئيس الجمهورية ، حيث يمسك هو بسائر الأعنة والخيوط ، ولقد ظهر رئيس الجمهورية القائم على رأس جهاز الدولة مصدرا للشرعية ومنبعا للسلطة في نطاق المجتمع وفي مجالات العمل السياسي والتشريعي والتنفيذي واعتادت الدولة المصرية على أن تصدر التشريعات فيها بقرار رئيس الجمهورية وزاد من قوة هذا المركز ما أخذته دساتير الثورة من وسيلة الاستفتاء الشعبي على منصب رئيس الجمهورية مع الاستفتاء على دستور ١٩٥٦ ، بل أن مدة الرئاسة كانت تنتهي في مارس ١٩٦٤ فصدر الدستور المؤقت بقرار من الرئيس ، وأعلن تأجيل الاستفتاء على الرئاسة عاما الى مارس ١٩٦٥ بسبب انشغال الدولة بثلاث مؤتمرات دولية ، وقد ساغ تأجيل الاستفتاء اعتمادا على الثقة الضمنية المفترضة بينه وبين الشعب ، مما يبرر اطلاق القيادة الناصرية من الحدود والقيود التي ترتبها المؤسسات وترسمها الاجراءات[٢]، أي أنه في نطاق التحدث عن البرلمان أو مجلس الأمة ، كمؤسسة مستقلة ، لا مجال له في مصر الناصرية فالبرلمان - ليس له أهمية تذكر لأنه تابع من الحزب الواحد (الاتحاد الاشتراكي العربي) وهو - أي الحزب - من صنع الرئيس ذاته ويرأسه في ذات الوقت[٣]، أي ن نظام الحكم كان نظاما شموليا ديكتاتوريا واعترف الرئيس عبدالناصر بلزومية هذا النظام في الدول النامية[٤].

---

(١) د/ جمال العطيفي : المرجع السابق - ص ٦٠ .

(٢) طارق البشري - الديمقراطية والناصرية ص ٢٦ .

(٣) القوى المحركة للسياسة في الشرق الأوسط ، القسم الثاني بول هاموند - مركز البحوث والمعلومات ص ٢٨٠ .

(٤) الطريق الى الديمقراطية ، د/ جمال العطيفي - دار المعارف - ص ٥١ ، نقلا عن حديث الرئيس للصنداي تيمس - في يونيو ١٩٦٢ .

الفرع الثالث

سيادة مفاهيم سياسية وقانونية خاطئة

يقصد بهذا الفرع ما انتهت اليه بعض المفاهيم للتنظيم السياسى أو لسيادة القانون وأدى إلى القضاء على مفاهيم الديمقراطية الحقة ، وظهرت مفاهيم جديدة لما تبنته الثورة من مبادئ تحت ستار الديمقراطية واستغلت فى ذلك بعض أساليب الديمقراطية ، كالاستفتاء الشعبى لتحقيق اغراض غير دستورية ، وأنها ابتدعت أساليب جديدة لأحكام السيطرة على المجالس النيابية ، تحت ستار تنظيم ديمقراطى ، كابتداع نسبة الـ ٥٠٪ عمال وفلاحين فى المجالس النيابية واخيرا لم تعر الثورة التفاتا لمبدأ سيادة القانون ، وابتدعت ما يسمى بالمشروعية الثورية .

المطلب الأول

الممارسة الخاطئة لأسلوب

الإستفتـــــاء الشعبـــــى

نتيجة للمفهوم التقليدى للديمقراطية بأنها حكم الشعب بالشعب ، سادت فى الفقه الدستورى زمنا أن الاستفتاء الدستورى أو الاستفتاء الشعبى يعد أحد أسس الديمقراطية المباشرة التى تفضل بالقطع النظام النيابى نظرا لأنها تنقل مباشرة رأى الشعب فيما يستفتى عليه وهذا الاستحسان من جانب الفقه لهذه الوسيلة انقلب بعد ذلك الى الحذر من الاستعانة بهذه الوسيلة وظهر فى التطبيق أن هذه الفكرة شأنها شأن عديد من الأفكار الدستورية النظرية تصطدم عند التطبيق بممارسات غير سليمة

للقائمين عليها مما جعلها وسيلة للاستبداد فى أغلب الاحيان وقام الفقه بوضع عديد من القيود حول استعمالها حتى لا تتحول من أداة للديمقراطية الى أداة للاستبداد مثلها فى ذلك مثل تلك الفكرة الأولية عن سيادة البرلمان أو عن تمثيله للادارة العامة ، فهذه الأفكار عندما مارستها الشعوب المختلفة عمليا ظهر مدى اساءة استعمال هذه التعريفات من جانب الحكام فتحت اسم سيادة البرلمان وتعبيره عن سيادة الأمة تمكنت البرلمانات طويلا من تجنب الرقابة على دستورية قوانينها . ولما انهارت هذه النظرية أصبح البرلمان أحد مؤسسات الدولة التى يحدد لها الدستور وظيفتها شأنها شأن المؤسسات الأخرى وأصبح الطعن مباحا فى القوانين الصادرة عنه ، شأن القرار الاداري الصادر من السلطة التنفيذية وكذلك انهارت فكرة أن الديمقراطية هى حكم الشعب للشعب ، لأنه ثبت ان أى شعب ، لا يمكن أن يحكم نفسه بنفسه فعلا وأن الأقرب الى الواقع أن الديمقراطية ليست تعريفا مفرغا من العناصر ولكن مجموعة من العوامل والأساليب التى تمارس داخل اطار الدولة وتعطى الجواب عن ديمقراطية هذا الحكم فى هذه الدولة ، ومن هذه العناصر قيام حرية الصحافة والاجتماع والفصل بين السلطات واستقلال القضاء ووجود الاحزاب مثل هذه العناصر تشكل ما يسمى بنظام الحكم الديمقراطى .

وأخيرا حان الدور على الاستفتاء الشعبى ليوضع له من الضوابط ما يضمن عدم اساءة استعماله ، ومن أنواع الاستفتاء الشعبى ، الاستفتاء الدستورى والاستفتاء التشريعى والاستفتاء السياسى[١] ، والاستفتاء الدستورى وان كان يستهدف اشتراك الشعب فى وضع الدستور أو تعديله ،

---

(١) د/ ماجد راغب الحلو : الاستفتاء الشعبى والشريعة الإسلامية - سنة ١٩٨٣ ص ١٨٠ .

إلا أنه يتحول في الواقع وفي التطبيق العملي الى وسيلة غير معبرة عن ارادة الشعب بل والى وسيلة لتريف هذه الارادة ، والاستفتاء السياسى أو الديكتاتورى هو أسلوب عرفته نظم الحكم القائمة على السلطة المطلقة ، كما حدث في فرنسا بالنسبة للاستفتاء الشعبى الذى أعد بشأن دستور السنة الثانية عقب انقلاب ١٧٩٩ تحت اشراف نابليون ، والاستفتاء بشأن تفويض لويس نابليون فى السلطات اللازمة لوضع دستور عقب الانقلاب الذى أحدثه سنة ١٨٥١ ، كما أن أشد النظم ديكتاتورية كالنظام النازى و الفاشى كانا يستمدان من هذه الوسيلة سندا لسلطاتهم بل ان فى العصر الحديث وفى فرنسا ذاتها أمثلة على اساءة استخدام هذا الحق ، ومن ذلك أنه في ١٨ مارس ١٩٦١ فى فرنسا القى الجنرال ديجول خطابا طويلا أعلن فيه موافقته على اتفاقيات ايفيان الخاصة باستقلال الجزائر ، وفى اليوم التالى وقع على الاتفاقيات فاصبحت نافذة طبقا للسلطات المخولة له كرئيس للجمهورية وطبقا للمادة ٥٢ من الدستور وبغير حاجة الى استفتاء الشعب فيها ، ومع ذلك طرحها للاستفتاء الشعبى الذى تم فى يوم ١٨ أبريل ١٩٦٢ ، أى أنه استخدم هذه الوسيلة فى غير الغرض المقرر لها لأن الأصل أن استخدامها سيرتب آثارا قانونية على الاتفاقية ما والاتفاقية وقعت وليس للاستفتاء من أثر عليها فان الاستفتاء ذاته يصبح غير ذى موضوع[1] ، وكذلك عقب المحاولة الفاشلة لاغتيال ديجول طرح على الاستفتاء الشعبى يوم ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٢ مشروع بتعديل المادتين ٦ ، ٧ من الدستور الخاصتين بكيفية انتخاب رئيس الجمهورية ، وكان الدستور

(١) بيردو : جـ٤ – مطولة سنة ١٩٦٩ ص ٢٧٧ – المرجع السابق ، وانظر عصمت سيف الدولة – الاستبداد الديمقراطى ص ١٣١ .

يشترط موافقة البرلمان فجاء مشروع الدستور مقررا أن يكون الانتخاب بالاقتراع العام قبل موافقة البرلمان واستند الاستفتاء الى نص المادة ١١ من الدستور ، وهى تقضى بأن لرئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة أثناء دور الانعقاد أو بناء على اقتراح مشترك من مجلسى البرلمان ينشر كل منهما فى الجريدة الرسمية أن يطرح على الاستفتاء الشعبى أى مشروع قانون يتعلق بتنظيم السلطات العامة أو يتضمن الموافقة على تنظيم معين الأسرة الدول (المجموعة الفرنسية) أو يستهدف التفويض بالتصديق على معاهدة يمكن حتى مع عدم مخالفتها للدستور أن يكون لها أثر فى اداء المؤسسات لوظائفها وعندما يسفر الاستفتاء الشعبى عن قبول المشروع يصدره رئيس الجمهورية فى المدة المحددة فى المادة السابعة (١٥يوما) وواضح أن المطروح للاستفتاء لا يدخل أيا من النصين فى الحالات المشار اليهما فى المادة ١١ فالمخالفة واضحة وصريحة ، فلجأ مؤيدوا الاستفتاء الى اسناده للمادة ٣ من الدستور بدلا من المادة ١١ وهى التى تقول أن السيادة القومية ملك للشعب يمارسها بممثليه أو عن طريق الاستفتاء للقول بأن تعديل الدستور هو ممارسة للسيادة القومية التى أبيح للشعب أن يمارسها بممثليه أو عن طريق الاستفتاء الشعبى وقد أثار هذا الاستفتاء ردود فعل مختلفة بين مؤيده ومعارضة[(١)].

وكذلك كان استفتاء ٢٧ أبريل سنة ١٩٦٩ يمثل مخالفة دستورية حيث ورد الاستفتاء على عشرين مادة بالدستور تتعلق باقامة وحدات اقليمية جديدة وعلى تعديل نظام مجلس الشيوخ[(٢)].

(١) هوريو : المرجع السابق - ص ٨٣٧ ، ودوفرجييه - المرجع السابق - ص ٢٠٩ ، وانظر د/ماجد راغب الحلو - الاستفتاء الشعبى - المرجع السابق - ص ٢٠٠ .
(٢) د/ ماجد راغب الحلو : المرجع السابق - ص ٢٠٨ .

وإذا كان الفقه يتحفظ على الاستفتاء الدستورى أى الذى ينصب على اقرار دستور الدولة أو تعديله ويتمثل فى عرض مشروع الدستور أو التعديل بعد اعداده على التصويت الشعبى للموافقة أو الرفض ، (وهو اما استفتاء تأسيسى يتعلق بوضع دستور جديد للدولة و استفتاء تعديلى يتصل بتعديل الدستور القائم) فإن الفقه يتحفظ أيضا على الاستفتاء التشريعى وهو الذى يكون موضوعه قبول أو رفض مشروع قانون يعرض على التصويت الشعبى لأن فى ذلك بالطبع تقوية للسلطة التنفيذية على حساب البرلمان[١].

وإذا كان للاستفتاء الشعبى هذه النتائج التى يخشاها الفقه فى البلاد الغربية ، فكيف يمكن تسمية الاستفتاء الذى يجرى فى دولة لم يتحقق لشعبها النضوج السياسى الكافى أو الممارسة الحقيقية للحريات الأساسية ولم توجد الضوابط التى وضعها الفقه ، لسلامة الاستفتاء ، ومنها أن يكون الاستفتاء علي موضوع واحد لا أكثر والا تكون أسئلة الاستفتاء ايحائية وان يحاط الاستفتاء بحرية الاعلام فى التأييد والاعتراض ليكون الشعب فكرة سديدة عن موضوع الاستفتاء وآثاره وكل هذا يفترض نضجا ووعيا من الشعب ، فكيف تسمى تلك الاستفتاءات التى تجرى فى البلاد النامية والمتخلفة والتى تجعل للمواطن تحت ضغط وسائل الاعلام وليس له سوى رأى واحد هو الموافقة علي ما جاء بها ؟ انها تعنى أن الاستفتاء بهذا المعنى يصبح ستارا عصريا مروعا ولا نقول رائعا للاستبداد[٢].

ولقد بدأت فى عصر الناصرية ظاهرة الاستفتاء على شخص رئيس

---

(١) د/ ماجد راغب الحلو : المرجع السابق - ص ٢٠٨ .

(٢) عصمت سيف الدولة : المرجع السابق ص ١٢٨ ، د/ سعد عصفور - دستور ١٩٧١ ص ١٦ .

الجمهورية ، ويذهب أحد الفقهاء الى أنه ليس استفتاء حقيقيا لأن الاستفتاء الحقيقى يتعلق بموضوع من الموضوعات العامة وليس بأحد الأشخاص كما أنه لا يعد انتخابا لانتفاء فكرة الاختيار بين الأشخاص ولكنه نظام يعرف بالاستراس ، وهو نظام غير ديمقراطى ممقوت ، وهو الذى أصبح عن طريقه نابليون بونابرت امبراطورا لفرنسا عام ١٨٠٤ ، نابليون الثالث امبراطورا آخر عليها عام ١٨٥٢ وفى ظل هذا النظام كان رئيس الدولة يضفى المظهر الديمقراطى على حكمه ، بأن يرجع الى الشعب مباشرة عندما يشاء ويجرى استفتاء على شخصه أو تصرفاته لتجديد ثقة الشعب فيه كلما أراد والاستراس لا يسمح للمقترعين بحرية حقيقية فى اختيار رئيس الدولة نظرا لعدم تعدد المرشحين بل أن هذه الحرية لا تتوافر حتى فى عملية اختيار المرشح للرئاسة فالاستفتاء الشخصى أحد الوسائل التى يلجأ اليها الرؤساء لاخفاء أنظمة حكمهم الديكتاتورى(١) .

ولقد بدأ استخدام أسلوب الاستراس فى مصر الناصرية منذ الاستفتاء على رئاسة الرئيس جمال عبدالناصر ودستور ١٩٥٦ ، معا وظهرت النتيجة بفوز الرئيس بأصوات ٩و٩٩٪ من أصوات المقترعين ومن ذلك الحين ظهر فى الحياة السياسية فى مصر هذه الوسيلة لاختيار رئيس الجمهورية بل واستخدم الاستفتاء الدستورى والتشريعى بعد ذلك ، فمنذ صدور دستور ١٩٢٣ وقبل قيام الثورة ، لم تعرف مصر هذه الوسيلة نظرا لنظام الحكم النيابى الذى كان سائدا آنذاك ويمنع هذا النظام فى صورته المطلقة الرجوع الى الشعب ما دام البرلمان قائما خشية استبداد السلطة

---

(١) صاحب تعبير الاستراس ، د/ ماجد راغب الحلو - المرجع السابق - ص ٧٩ ، وانظر دوفرجيه - النظم السياسية والقانون الدستورى - المرجع السابق - ص ٢٣٠ .

التنفيذية من ناحية واعتقادا بفكرة تمثيل ارادة الشعب عن طريق البرلمان من ناحية أخرى .

والظاهرة التى لصقت بعصر الثورة وارتبطت بها واستمرت بعد وفاة الرئيس جمال عبدالناصر هى نسبة ٩٩٪ التى قيل أن أى استفتاء قد حدث قد وصلت نسبة مؤيدوا موضوعه إلى هذا الرقم وهذا الاجماع ، هو الذى يبرز مدى تزوير الاستفتاءات من ناحية ومن ناحية أخرى مدى خطورة هذه الوسيلة الديمقراطية الأصل واستعمالها فى مناخ غير ديمقراطى وهى نسبة ليست قاصرة على مصر ، فى أسبانيا عام ١٩٦٦ طرح فرانكو حاكمها ، قانون الوراثة من بعده على الاستفتاء الشعبى فاسفر عن أن عدد الذين قالوا نعم أكثر من عدد المقيدين فى جداول الانتخاب وكذلك الاستفتاء الشعبى الحادث فى فرنسا عام ١٧٩٣ ، حيث زادت نسبة الموافقين فيه على ٩و٩٩٪ ولم تقل هذه النسبة عن ٩٠٪ فى خمسة استفتاءات جرت خلال نصف قرن فى فرنسا[١] ، وترجع أسباب عدم امكانية الاعتراف بنسبة ٩٩٪ ، أن هناك عديدا من حالات الأصوات الباطلة التى لا يمكن أن تحقق هذه النسبة بعد استبعادها ومن المستحيل اتفاق الناس فى كافة الاستراآسات أو الاستفتاءات الشخصية بدرجة لا تكاد تختلف عن الاجماع على تأييد كل مرشح يعرض عليهم والناس مختلفون فى طبائعهم وآرائهم واتجاهاتهم ومصالحهم لدرجة لا يمكن أن تصل الى هذا الاجماع[٢] ، وإذا طبقنا هذه النتائج على مصر الناصرية ومع الاعتراف بشعبية الرئيس جمال عبدالناصر الجارفة وعدم وجود منافسين له ، إلا أن ذلك لن يصل بنسبة

(١) عصمت سف الدولة : المرجع السابق - ص ١٢٨ .

(٢) د/ ماجد راغب الحلو : المرجع السابق - ص ١٩٨ ، وانظر دوفرجيه - النظم السياسية والقانون الدستورى - المرجع السابق - ص ٢٣٠ .

الموافقين على رئاسته الى هذا الرقم بل وان هذا الرقم ٩و٩٩٪ قد أصبح رقما مسجلا حتى في الاستفتاء مثلا على بيان ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨ ، أى أن خطورة الرقم أنه انتقل من الموافقة على شخص الرئيس الى الموافقة بذات النسبة على ما يعرضه الرئيس فى الاستفتاء ، وحتى ولو كان ما يعرضه محرما بنص الدستور .

وعلى كل فالفرض هنا أن نعرض مبدأ ديمقراطيا أصيلا أسئ استخدامه ، وكانت له آثار بالغة على الواقع السياسى وعلى سلطات الرئيس فى دساتير مصر المختلفة وتحول هذا المبدأ الديمقراطى وفقا لطبيعة وأهداف الثورة المصرية الى واجهة مزيفة لنظام حكم ديكتاتورى .

المطلب الثانى

المفاهيم الثورية وفاعلية البرلمان

بعد أن أشرنا الى سيطرة الحكومة متمثلة فى رئيس الجمهورية على التنظيم الشعبى الوحيد فى البلاد والذى يسمح عن طريقه فقط بالدخول الى مجلس الأمة مما أضعف البرلمان تماما وقضى على استقلاله نشير هنا الى ظواهر بالغة الضرر على مفهوم الديمقراطية ظهرت مع الثورة ، وكنتاج لأفكارها واستمرت الى الآن بما يحتاج الى شبه ثورة للقضاء عليها وبغير القضاء عليها لن يتسنى التحدث عن البرلمان كمؤسسة مستقلة عن السلطة التنفيذية ويمكنها القيام بدورها المنوط به وفقا للدستور ومن هذه المفاهيم التى أصبحت قاعدة مقررة فى دستور ١٩٦٤ وتبعة دستور ١٩٧١ ، هو شرط وجوب تخصيص ٥٠٪ من مقاعد البرلمان على الأقل للعمال والفلاحين ، وقد نص دستور ١٩٦٤ فى المادة ٤٩ منه على هذا الشرط تنفيذا لما ورد بالميثاق وقد تعددت الأسباب التى دعت الى تقرير هذه النسبة ، ومنها أن هذه القوى (طبقة الفلاحين والعمال) هى تلك التى طال استغلالها وابعادها عن مقاعد الحكم لذلك وجب أن تنال تعويضا عادلا لما نالها من غبن وعما حرمت به من مزايا وأن تمثيل تلك النسبة فى مجلس الأمة أمر ضرورى حتى يظل مجلس الأمة صورة صادقة للشعب بجميع فئاته وهذه الفئات صاحبة مصلحة عميقة فى الثورة وأنها القادرة عن الدفاع عما يهددها أى أنهم أصحاب المصلحة الحقيقية فى التغيير الثورى(١).

---

(١) وردت هذه التبريرات فى جزء منها بالميثاق وأفرد لها د/ مصطفى أبوزيد فهمى ، مجالا للدفاع عنها وتعدادها ، انظر مؤلفه فى الحرية والاشتراكية والوحدة جـ١ سنة ١٩٦٦ - ص٣٠٦، ٣٠٧.

والواقع أن هذا التبرير لادخال هذه النسبة الى البرلمان يمثل أحد المفاهيم الثورية الخاطئة عن دور البرلمان ، فليست عضوية البرلمان بمكافآة أو مغنم لمن حرم منها سابقا كما أن البرلمان لا يفترض فيه تمثيل الأمة تمثيلا طائفيا فهذه الطوائف ليست وحدها فى المجتمع فهناك على حد تعبير الميثاق نفسه المثقفين والجنود والرأسمالية الوطنية وهم أطراف فى التحالف الذى ابتدعه الميثاق لقوى الشعب العاملة . واذا كان من الجائز اهمال تمثيل المثقفين ، والجنود ، بوصف أنهم غير قابلين للحصر ، فلم لم تخصص نسبة للرأسمالية الوطنية أيضا ؟ كما أن هناك كثيرا من الشرفاء ممن لا يندرجون تحت الوصف الدقيق للعمال والفلاحين ، واذا جمعنا كل هذه القوى وجب تمثيلها نسبيا وفقا للعدد وحينئذ يغدو البرلمان محلا لتمثيل المصالح والتنازع بينها لا جهازا مهمته التشريع لكل المواطنين ولكل البلاد(١) .

ان البرلمان مؤسسة مهمتها التشريع وهذه المهمة تتطلب فى القائم عليها شروط عديدة منها الانتخاب من قبل المواطنين ثم الأهلية لها من حيث المؤهل والخبرة والقدرة على مناقشة ما يطرح فى البرلمان للاقتراع وهو ليس فقط مبررا لتمثيل مصالح الفئات المختلفة ولذلك فان تخصيص نسبة معينة لطوائف فى البرلمان هو قلب لوظيفته وجعله بمثابة مركز لفرض آراء ومفاهيم طائفة معينة على سائر أفراد المجتمع أى فى تغليب طائفة على أخرى بمساندة غير مشروعة من الدستور أو القانون وبغير ارادة حرة الناخبين أى أنه بمثابة فرض تشريع لا يعبر الا عن أفراد هذه الطائفة فقط دون باقى الطوائف ، فضلا عن أن سياسة حجز المقاعد هى سياسة لا

(١) انظر مشكلة تمثيل المصالح فى فرنسا - رسالة ، د/ عبدالحميد متولى - ١٩٣١ ، بالفرنسية تمثيل المهن والحرب .

تعرفها الأنظمة الديمقراطية الا فى النظم الاتحادية ولأغراض تتعلق بطبيعة الاتحاد (الفيدرالى) أما حجز المقاعد فى مجلس الأمة أو الشعب أو البرلمان فى بلاد متحدة ، فهو بمثابة هدم للنظام الديمقراطى ذاته وللأحتكام الى ارادة الشعب ، حيث أن ارادته مقيدة بقيد لا فكاك منه يمنع وصول من يستحق الى البرلمان ، وعلى حد تعبير أحد كبار فقهاء القانون الدستورى هل يصح أن يكون العمال والفلاحين ممثلين للعمال أو الفلاحين الا اذا كان ناخبوهم من العمال أو الفلاحين فحسب ؟ ان هذا النظام لا نظير له فى الدول الشيوعية ، حيث أن روسيا دولة العمل والفلاحين ، نجد أن هيئتها النيابية - مجلس السوفييت الأعلى يغلب فى تكوينه المهندسين والفنيين عن العمال والفلاحين ، ولذلك فان السبب الحقيقى لتقرير هذه النسبة هو أسباب سياسية تتعلق بحاجة الرئيس جمال عبدالناصر الى تأمين شعبى بعد انفصال سوريا والى التظاهر بقيام مؤسسات دستورية ، وهى أساس قيادا وان مقتضى هذا الشرط أن يجعل البرلمان أداة طيعة فى يده[(١)].

وترتب على هذا المفهوم الغريب لدور البرلمان أن اطردت قوانين مجلس الأمة على اجازة السماح للموظفين والعمال بالجمع بين عضوية المجلس والاحتفاظ بمزايا وظائفهم وهو أمر يؤدى الى انهيار البقية الباقية من استقلال المجلس ازاء السلطة التنفيذية ، وكذلك وبالرغم من أن أعضاء مجلس الأمة يصلون الى مناصبهم بما يشبه التعيين أعطى دستور ١٩٦٤ ، ومن بعده دستور ١٩٧١ لرئيس الجمهورية حق تعيين عشرة أعضاء فى المجلس (مادة ٤٩ دستور ١٩٦٤ ومادة ٨٧ من دستور ١٩٧١) وهو ما يقضى على سند قوة العضو ، عضو البرلمان فى انتخابه من قبل الشعب

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : الحريات العامة - ص ٢٥٤ .

ولا يغنى عن هذا الحاجة الى الكفاءات في البرلمان لأن تقرير حق تمثيل الكفاءات لا يكون الا في ظل نظام يأخذ بازدواج البرلمان أى مجلس نواب ومجلس شيوخ كما سنعرض بالتفصيل فيما بعد أما في ظل وجود مجلس نيابى واحد فلا أساس لسلطة الرئيس في التعيين ، ومن هنا ندرك مدى تدخل المفاهيم الثورية الغريبة واقتحامها لمجال التشريع ، مما أدى لإنهيار استقلال السلطة التشريعية ازاء السلطة التنفيذية .

المطلب الثالث

المفاهيم الثورية لسيادة القانون

ولقد ارتبط مفهوم الثورة في مجال القانون ألا يكون القانون عائقا أمام الاجراءات الثورية بل يجب أن يكون على أحسن الفروض أداة لتحقيق أهداف الثورة وغاياتها ، ولهذا لم يكن مطالبا من البرلمان أن يمارس سلطته فى التشريع ، بما يتراءى لأعضائه وفقا لالتزامهم بأداء مهمتهم فى التشريع ، ولكن بأن يكونوا أداة الثورة لتحقيق أهدافها ، ولما كانت الثورة وقائدها فى غنى عن هذه القوانين لأن رئيس الجمهورية يملك اصدار القرارات بقانون والقرارات الجمهورية ، فان مهمة التشريع تضاءلت الى حد كبير ، بل ونظر الى مجلس الأمة فى بعض الأحيان نظرة عدائية بوصفه من مخلفات ما قبل الثورة .

ولتوضيح ذلك المناخ وهذا المفهوم الذى ساد بين مثقفى ذلك العهد عن القانون ودوره ودور مجلس الأمة يكفى أن نعرض لهذا المفهوم وفقا لما قام به أحد كبار الفقهاء(١) ، من رده على حجج هؤلاء المنادين بسيادة المشروعية الثورية ، لا المشروعية الدستورية .

فبعد حرب ١٩٦٧ والهزيمة الثقيلة التى منيت بها مصر طالب رئيس تحرير الأهرام بالحد من الاجراءات الاستثنائية تحت شعار تقنين الثورة وتأكيد استقلال الأجهزة الحيوية لسيادة القانون والفكر والرأى كمجلس الدولة والجامعة والصحافة .

---

(١) مقال د/ محمد عصفور - مجلة المحاماه العدد الثالث - سنة ٨ مارس ١٩٦٨ ، عدد خاص - الاشتراكية والحريات - ص ٢٧ وما بعدها .

وقد أثارت هذه الدعوة أقلاما عديدة تندد بها ، فمنهم من ذهب الى أنه من السفة الدعوى الى تقنين الثورة فى ظل الظروف الاستثنائية المحيطة بالأمة أنذاك ، ففى ظروف المعركة التى تخوضها أمتنا العربية تصبح كل دعوة الى التقنين قيدا على حرية العمل الثورى[1] ، فسيادة القانون فى مجتمع اشتراكى بوصفها كفاية وعدل ولا عدل الا بالقانون غير أنه لا يؤخذ بالقانون على علاته وانما يؤخذ به فى ضوء نظرية جديدة للقانون تضع فى الاعتبار الثورة الاجتماعية القائمة ، فالثورة الاشتراكية قد جعلت التشريع وسيلتها لتطوير المجتمع وتحويله ولهذا اصبحت الثورة والقانون فى مكان واحد وأول أثر لذلك أن يعمل رجال القانون عمل الثوار لا عمل المنتقدين ولا المطبقين وانما عمل المسئولين عن الدفع الثورى للاستمرار نحو التقدم بابتكار المبادئ الجديدة واقتحام الميادين الجديدة[2] . بل وذهب كتاب آخرون الى اعتبار أساليب القهر حتى ولو لم ينظمها قانون أمر طبيعى بل ويأتلف مع الشرعية الاشتراكية ، فمطالبة الجماهير بالحرية وبأوسع اشكال الحرية وأعمقها تتحول عند بعض أصحاب الرأى الى المطالبة بتصفية اجراءات الحراسة وبحرمان الجماهير من الحسم الثورى وشل قدرة الثورة على تصفية كل الطبقات والأوضاع الاستغلالية هذه القدرة التى لا يمكن أن توفرها ديمقراطية بورجوازية زائفة ، وانما تتحقق عن طريق الديمقراطية الاشتراكية ان الحرية كل الحرية للشعب ولا حرية لأعداء الشعب[3] ، وذهب أحد

---

(١) الاستاذ صلاح حافظ : روز اليوسف - ٢١ أغسطس ١٩٦٧ - صرخة انزعاج لا صيحة حرب .

(٢) الاستاذ عبدالحليم الجندى : رئيس ادارة قضايا الحكومة فى مؤلفه - تطوير التشريعات وفقا للميثاق والدستور - ص ١٩٢ .

(٣) مقال للاستاذ سامى داود - الجبهة الداخلية مما تتكون ومعيار ثوريتها - الجمهورية ١٩٦٧/٨/١٧ .

الكتاب الى أنه لا البرلمان ولا مجلس الدولة ولا غير ذلك مما كان موجودا قبل الثورة هو ما يستحق الحماية وانما يستحق الاهتمام والحديث عن التنظيم السياسى القائد مثلا وبدلا من التفكير فى صور الديمقراطية السابقة على الثورة يجب أن نفكر فى التنظيم السياسى بوصفه الحلقة المفقودة فى سلسلة الاجهزة التى يمارس الشعب من خلالها الديمقراطية وان الحاح الأهرام على تأكيد صور الديمقراطية القديمة ورد كافة القضايا الى القانون وحده ، معناه دعوة الجماهير الي ان تخوض المبارزة القادمة مع الرجعيين على أرضهم وبسلاحهم ، فالقانون سيف لا تتقن الجماهير اللعب به وحين يكون الاحتكام له وحده فلا مفر فى كل مبارزة من أن تفقد الجماهير حقا من حقوقها وموقفا من مواقفها ويكفى أن نتذكر أنه فى ظل القانون وبمساهمة أجهزته قتل نبلاء عائلة الفقى شهداء الفلاحين فى كمشيش وعندما سقط عرشهم لم يكن ذلك بفضل محكمة أو وكيل نيابة وانما بفضل ما وجهته الثورة الى أقضيتهم الغليظة[1] .

كما أن التركيز على المطالبة بسيادة القانون فى ظل الأوضاع التشريعية والقضائية والادارية الحالية ، وفى غيبة الاتحاد الاشتراكى الطليعى لن يؤدى الا الى تجميد الثورة لأن سيادة القانون فى ظل هذه الأوضاع معناه تكبيل الثورة بأغلال تشريعات عهد ما قبل الاستقلال التى صدرت لتخدم علاقات اجتماعية استغلالية لفظها تطورنا الثورى[2] .

والواقع أن هذا السرد جزء من كل حيث أن دعوة الأهرام هوجمت من جميع المعلقين آنذاك ويشير الفقيه الدستورى ، فى معرض تعليقه على هذه

(١) الاستاذ صلاح حافظ : مقاله سالف البيان ، عدد روز اليوسف ١٩٦٧/٨/٢١ .

(٢) الاستاذ احمد نبيل الهلالى المحامى - الجمهورية أول سبتمبر ١٩٦٧ .

الدعوات - بحق - أنه وفقا لمنطق المدافعين عن الاجراءات الاستثنائية ، فانه لا يكون ثمة حماية للنظام الا بتصرفات مناهضة للقانون العام ولو كان هذا القانون هو الذى وضعه النظام الثورى نفسه[1]. وهو قول سديد يظهر الى أى مدى بلغ الفكر القانونى والسياسى فى محيطه ليس فقط بالمثقفين بل والقانونيين أيضا الى درجة عدم الثقة بالقانون الذى يضعه مجلس الأمة الذى هو فى حقيقة الأمر من طبيعة النظام ذاته وفقا لما سبق وأوضحنا أى أنه لا تثريب اطلاقا أن تضع الثورة قوانينا ثم تلغيها فى العمل أو تخرج عليها وتنبذها فيما يعرف بالمشروعية الثورية ، وهكذا أصبح القانون الصادر فى ظل الثورة أو من مجلس الأمة المعين من قبل قادة الثورة سيفا لا تتقن الجماهير اللعب به !!!

ولقد كانت دعوة الأهرام هذه صرخة فى واد ، اذ صدر فى عام ١٩٦٨ القرار بقانون ٨٣ لسنة ١٩٦٩ باعادة تشكيل الهيئات القضائية فيما يعرف بمذبحة القضاء حيث أقيل العديد من القضاة .

وأخيرا فان هذا العرض لطبيعة علاقات القوى السياسية فى مصر الناصرية يوضح الى حد كبير أن الثورة لم تأخذ الا بنظام لدمج السلطات على رأسه يقف رئيس الجمهورية بشخصيته الكارزمية وتعد مصر الثورة مثالا لأنظمة الحكم الديكتاتورى وليس فيما سبق وسردناه من تحليل للعلاقات بين السلطات المختلفة تقييما للثورة من حيث الايجاب والسلب بل سردا لواقع كان قائما يبرز الهوة الشاسعة بين ما يقال ويسطر فى الدساتير وبين الممارسة الواقعية والثورة ذاتها هى التى ارتضت هذا الوضع وضع

(١) د/ محمد عصفور : مقاله سالف البيان - ص ٣٠ .

الخلاف بين الظاهر والباطن فيما أبرزته ووضعته من دساتير وبين ممارسة الحكم فى الواقع بحيث أصبح النظام لا يمت للدستور بصلة ومادامت الثورة قد وضعت لنفسها هذه الدساتير فحق عند تقييمها مقارنة ما كان قائما فى الواقع بما حوته هذه الدساتير وهو ما أبرز زيف الواجهة التى اتخذتها الثورة ستارا لممارستها ولم يكن مطلوبا من الثورة الاعتراف بالأحزاب أو اطلاق حرية الصحافة مثلا ولكن كان مطلوب منها أن يكون ما تأخذه على نفسها من دساتير ملزما لها والا فلا حاجة أصلا لوضع دستور شكلى فى حين أن ممارسات النظام تجعل الحكم حكما ديكتاتوريا ومن هنا كان سردنا للواقع السياسى ليس تقييما لما خرجت عليه الثورة أو أنجزته فعلا بل تحليلا لطبيعة هذا النظام السياسى الذى كان قائما واذا كنا فى الفصل التالى سنتعرض لتقسيم مدى دستورية قوانين ذلك العهد فى اطار بحثنا عن الانحراف فى القانون فاننا نشير الى أن هناك من الممارسات غير الدستورية التى كانت سائدة فى ذلك العهد لن يبرزها البحث فى دستورية القوانين ومن ذلك مثلا اجراءات التعذيب التى كانت سمة ذلك العهد ، فعلى حين تنص المادة ٣٧ من دستور سنة ١٩٥٦ ، على حظر ايذاء جسم المتهم جسمانيا ومعنويا وكرر الباب الثالث من هذا الدستور حقوق وحريات المصريين بما لا يختلف كثيرا عن تلك التى كانت موجودة بدستور ١٩٢٣ واذا كان دستور ١٩٦٤ وقد أغفل النص على حظر ايذاء جسم المتهم مثلما فعل دستور ١٩٥٦ إلا أن وجود هذه المادة أو عدم وجودها لا يغير من أنها من المبادئ الدستورية العامة التى لا يثور حولها أى جدال وتضمن الباب الثالث لدستور ١٩٦٤ فى حقوق وواجبات المواطنين نصوصا عديدة تحظر القبض على انسان أو حبسه الا وفق أحكام القانون وعلى حق الدفاع

أصالة أو بالوكالة وغير ذلك من الحقوق ومع هذه النصوص سادت فى ذلك العصر بدعة تعذيب المعتقلين بلا ذنب أو جريرة أو تهمة الا ما يراد الصاقة بهم ففى حكم محكمة جنايات القاهرة ذهبت المحكمة الى أن المتهمين قد انكروا القيم وانتهكوا الحرمات وسلبوا الحريات وانتهبوا المقدسات واتخذوا من وعود حفظ النظام مظلة يحتمون بها ويبررون بها تصرفاتهم المجردة من الرحمة والإنسانية ولم يكن هناك قانون يحكمهم ولا حائل يقف فى سبيل تحقيق رغباتهم . ارادتهم هى القانون ومشيئتهم واجبة التنفيذ ليس للفرد كرامة عندهم ولا حقوق(١) هذا التناقض بين الواقع والنصوص هو ما حاولنا ابرازه فيما سبق وقد تكون للثورة آثارا عميقة اجتماعية واقتصادية ولكن من الناحية القانونية والسياسية ليس هناك حساب للأرباح بل كانت الخسارة فى هذا المجال لا تقدر وما زلنا نعانى منها للآن سواء فى حياتنا القانونية أو الدستورية وهى خسارة لا تقدر لأنها لا تمس مالا أو موردا يمكن تعويضه ولكنها فى جيل من المواطنين نشأ فى ظل هذه المفاهيم وترسب لديه احساس بالاغتراب ازاء الوطن(٢) .

(١) محكمة جنايات القاهرة فى ١٩٧٥/٦/٢٦ القضية رقم ١٨/٣٨٤٢ كلى سنة ١٩٧٥ ويمثل هذه الحيثيات تقريبا القضية ٢٠ لسنة ١٩٨٣ مدنى جنوب القاهرة المرفوعة من مصطفى أغفا ضد رئيس الجمهورية ورئيس المخابرات العامة جلسة ١٩٨/٦/١٧ . وقد حكمت المحكمة للمدعى بالتعويض عن تغذيبه فى هذا العهد الناصرى بمبلغ ٥٠ ألف جنيه وقررت المحكمة أنها كانت تود أن تقضى بتعويض أكبر لولا معرفتها بأن التعويض يدفع من المال العام لاثمال المتهمين الخاص وتأيد هذا الحكم استئنافيا بجلسة ١٩٨٥/٤/٢٤ ، ورفضت محكمة النقض وقف تنفيذه بجلسة ١٩٨٦/١/٢ الطعن ١٩٠٩ لسنة ٥٥ ق ، وانظر حكم محكمة جنوب القاهرة جلسة ١٩٨٦/٣/١ للمدعى سعيد عثمان مصطفى بتعويض ١٠ الاف جنيه عن تعذيبه ، الدعوى ١٦٨٢ لسنة ١٩٨٣ وهو ما يجعل التعذيب سمة من سمات هذا العهد .

(٢) د/ عاطف أحمد فؤاد : الزعامة السياسية فى مصر - دار المعارف - سنة ١٩٨٠ ص ١٦٦ .

الفصل الثانى

الإنحراف التشريعى

فى ظل دساتير الثورة

المبحث الأول

الواقع العملى لدور السلطة التشريعية

إزاء هذه العوامل العديدة التى سبق وعرضناها يمكن تصور مدى لضعف الذى كانت عليه السلطة التشريعية فى ذلك العهد ، فالنظام لسياسى فى حقيقة الأمر هو نظام لدمج السلطات ، وفى ظل هذا النظام يغدو دور السلطة التشريعية هامشيا ، فالمؤسسات الشعبية كالاتحاد القومى والاشتراكى يرأسها رئيس الجمهورية ، وهذه المنظمات هى التى ترشح لعضوية مجلس الأمة ، فلا يتصور أن يصل الى المجلس من له اتجاهات تتناقض مع مفاهيم الحكومية أو رئيس الجمهورية ومن هنا يصبح الحاكم هو صاحب اداة الحكم الرئيسية ، لا يجوز للبرلمان الخروج على ارادته ولكن الواقع لم يجعل هذا الدمج سببا وحيدا لضعف السلطة التشريعية بل ساعد على ضعفها غيابها فى أغلب الفترات واستعمال رئيس الجمهورية لسلطته فى اصدار قرارات بقوانين كانت هى أداة الحكم الحقيقية والرئيسية .

فبعد صدور دستور ١٩٥٦ تكون أول برلمان فى عهد الثورة فى يوليو سنة ١٩٥٧ ، ولكن بعد اعلان قيام الوحدة بين مصر وسوريا فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٨ فقد حدد رئيس الجمهورية فى الخطاب الذى القاه فى

ذلك التاريخ أسس نظام الحكم الاتحادي . ومنها تكوين مجلس أمة يحدد أعضاؤه ويتم اختيارهم بقرار من رئيس الجمهورية على أن يكون نصف الأعضاء على الأقل من أعضاء مجلس النواب السورى ومجلس الأمة المصرى ، وفعلا صدر دستور سنة ١٩٥٨ فى مارس سنة ١٩٥٨ بين نظام الحكم فى الجمهورية العربية على نفس الأسس التى تم اعلانها فى ٥ فبراير ١٩٥٨ ولم يستمر مجلس الأمن الذى تم اختياره بعد الوحدة سوى ١١ شهرا حيث انتخب مجلس للأمة فى عام ١٩٦٠ استمر حتى الانفصال فى سبتمبر سنة ١٩٦١ وبالطبع توقف بعد الانفصال ثم صدر الاعلان الدستورى فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٩٢ بشأن التنظيم السياسى لسلطات الدولة العليا ، وأنشأ هذا الاعلان ما يسمى بمجلس الرئاسة يختص باصدار القوانين على أن يصدرها رئيس الجمهورية وذلك بعد اعداد هذه القوانين عن طريق المجلس التنفيذى ، أى أنه فى هذ الفترة لم يكن هناك دور للبرلمان أو مجلس الأمة حتى صدر دستور مارس ١٩٦٤ حيث قام مجلس الأمة حتى عام ١٩٦٨ وانتخب مجلس أمة آخر فى نوفمبر ١٩٦٨ أى أنه بالنسبة للفترة من ١٩٥٢ حتى ١٩٧٠ كان المجلس التشريعى أو مجلس الأمة غائباً عن الساحة السياسية لمدة ٩ سنوات ، كما أن جميع هذه البرلمانات تم حلها لسبب أو لآخر قبل استكمال مدتها الدستورية وهو ما يعتبر مؤشرا هاما لعدم الاستقرار السياسى ومن هنا يتبين أن أداة الحكم الرئيسية فى ذلك العهد لم تكن القوانين وانما القرارات بقوانين فمثلا عام ١٩٥٧ صدر ١٨٤ ، قرار جمهورى بقانون وبعد تشكيل مجلس الأمة الأول فى أكتوبر ١٩٥٧ صدر ٢٠ قانونا وفى عام ١٩٥٨ صدر تسعة قوانين حتى ١٧ فبراير سنة ١٩٥٨ ، وبعد دستور الوحدة والى تشكيل مجلس الأمة الاتحادى صدر فى هذا العام ٢٣٣ قرار جمهورى بقانون

وكذلك عام ١٩٥٩ صدر ٢٨٧ قرار جمهورى بقانون وعام ١٩٦٠ صدر ٢٨٨ قرار جمهورى بقانون حتى ١٩٦٠/١٢/١ ، ثم صدر ١٤ قانون وعام ١٩٦١ صدر ٨٤ قانون و٢٢ قرار جمهورى بقانون وبعد الانفصال صدر ٨٥ قرار جمهورى بقانون .

أما عام ١٩٦٢ وعام ١٩٦٣ فلم تصدر أية قوانين لعدم وجود مجلس الأمة فصدر فى العام الأول ١٦٠ قرار بقانون والعام الثانى ١٧٧ قرار بقانون وعام ١٩٦٤ صدر ١٥١ قرار جمهورى بقانون حتى العمل بدستور ١٩٦٤ وبعد هذه السنة الى عام ١٩٦٧ كانت القوانين لها الأكثرية على القرارات بقوانين ولكن بعد صدور القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويض رئيس الجمهورية وعطائه لسلطات واسعة أصبحت القرارات بقوانين أكثر من القوانين ففى عام ١٩٦٧ صدر ١٥ قانون مقابل ٢٣ قرارا بقانون وفي عام ١٩٦٨ صدر ٧١ قرار جمهورى بقانون مقابل ١٢ قانون وفى عام ١٩٦٩ صدر ٥٥ قرار جمهورى بقانون مقابل ٤٦ قانونا[(١)] .

ومن هنا يظهر مدى سلطة رئيس الجمهورية المطلقة ازاء السلطات لأخرى وخاصة السلطة التشريعية كما أننا نلاحظ أنه مما زاد سلطات رئيس الجمهورية ابان هذه الفترة أن أغلب هذه الفترة (١٩٥٢ - ١٩٧٠) قد كانت الأحكام العرفية معلنة بالبلاد أو بما أصبح يسمى بنظام الطوارئ .

فقد أعلنت حالة الطوارئ أول مرة فى ظل دستور ١٩٢٣ ، فى ١ سبتمبر ١٩٣٩ خلال فترة الحرب العالمية الثانية وكان البرلمان فى عطلته الصيفية ، وقد طلبت الحكومة المصرية اعلان هذا النظام تنفيذا للمادة

(١) فهرس النشرة التشريعية لهذه الأعوام الواردة بالمتن .

السادسة من معاهدة سنة ١٩٣٦ وقد أعلنتها الحكومة في أول سبتمبر سنة ١٩٣٩ ودعى البرلمان لعقد اجتماع غير عادى حدد له يوم ٢ أكتوبر ليعرض عليه المرسوم رغم أن المادة ٤٥ من الدستور تنص على وجوب عرض قرار الاعلان على البرلمان فورا وقد ثارت مناقشات برلمانية حول عدة موضوعات دستورية منها مدى سلطة البرلمان عند عرض هذا المرسوم وحول ضرورة أو عدم ضرورة اعلان الأحكام العرفية[١] ، وانتهت الأحكام العرفية بمرسوم ٤ أكتوبر سنة ١٩٤٥ وأعلنت حالة الطوارئ للمرة الثانية سنة ١٩٤٨ بمناسبة حرب فلسطين وقد أثار أعلانها معارضة شديدة بالبرلمان[٢] ، وظلت الأحكام العرفية معلنة حتى رفعت بالقانون ٥٠ لسنة ١٩٥٠ وأعلنت للمرة الثالثة في ٢٦ يناير ١٩٥٢ على أثر حريق القاهرة ولم ترفع هذه الأحكام العرفية الا في سنة ١٩٥٦ (٢٠ يونيو) بالقانون ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ ، مع الابقاء عليها معلنة في محافظتى سيناء والبحر الأحمر طبقا للقانون ١٧٦ لسنة ١٩٥٦ وفي ظل دستور ١٩٥٦ أعلنت حالة الطوارئ في ١ نوفمبر سنة ١٩٥٦ بقرار رئيس الجمهورية رقم ٣٢٩ لسنة ١٩٥٦ على أثر العدوان الثلاثى على مصر وقد كان البرلمان منحلا في ذلك الوقت وتنص المادة ١٤٤ من دستور ١٩٥٦ على أن يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الأمة خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه في شأنها فان كان مجلس الأمة منحلا عرض الأمر على المجلس الجديد في

---

(١) انظر مجموعة مضابط وملاحق مجلس الشيوخ دور الانعقاد غير العادى من ٢ أكتوبر الى ٧ أكتوبر سنة ١٩٣٩ – جـ١ ١٩٣٩ الى ص ٤٣ ، ص ٧٠ .

(٢) مضابط مجلس الشيوخ دور الانعقاد الثالث والعشرين من ١٢ نوفمبر الى يوليو سنة ١٩٤٨ – جلسة الاربعاء ١٢ مايو سنة ١٩٤٨ – ص ٩٣٨ .

أول اجتماع له ومع هذا لم يعرض هذا القرار على مجلس الأمة الجديد فى أول اجتماع له ، مما أدى الى القول بأن عيبا جوهريا قد شاب هذا الاعلان فى الشكل فأوجب بطلانه لعدم عرضه على مجلس الأمة[1] ، وقد استمرت حالات الطوارئ معلنة الى أن صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٢١٦ لسنة ١٩٦٤ الذى أنهى العمل بها .

وقد صدر دستور ١٩٥٨ ونصت المادة ٥٧ منه على أنه لرئيس الجمهورية حق اعلان حالة الطوارئ ولم ينظم أية رقابة للسلطة التشريعية على اعلان حالة الطوارئ ، وفى ظل هذا الدستور صدر قانون الطوارئ ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وقد تضمن هذا القانون زيادة سلطات رئيس الجمهورية، فله اتخاذ التدابير المناسبة لحفظ الأمن والنظام العام سواء بوضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والمرور والاقامة فى أماكن أو أوقات معينة والترخيص فى تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الاجراءات الجنائية ومراقبة الرسائل أيا كان نوعها والصحف والنشرات والمطبوعات والمحررات وتكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الأعمال والاستيلاء على أى منقول أو عقار وسحب تراخيص الأسلحة واخلاء بعض المناطق أو عزلها ولم يكتف القانون بذلك بل أعطى لرئيس الجمهورية بقرار منه أن يوسع من نطاقها اذا لم تكف هذه السلطات لمواجهة الظروف التى استدعت اعلان حالة الطوارئ ومن هنا يظهر مدى التفويض

(١) مذكرة د/ السيد صبرى - فى القضية رقم ٢٤٣٢ لسنة ١ ق - فى ١٩٥٧/١٢/٢٤ من الدكتور زكريا محفوظ - رسالته - حالة الطوارئ فى القانون المقارن فى تشريع الجمهورية العربية المتحدة - رسالته للدكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة - سنة ١٩٦٦ - ص ٣٥٨ ، د/حقى اسماعيل بربوتى - الرقابة على اعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ - رسالة - جامعة القاهرة - ١٩٨١ - ص ١٨٣ .

الواسع الممنوح لسلطة الطوارئ بموجبها ولم يتضمن القانون أية اشارة الى وجوب عرض اعلان الطوارئ على مجلس الأمة تطبيقا لما سكت عنه دستور ١٩٥٨ فهى تستطيع وضع قيود على مجموعة من الحريات والحقوق المكفولة بنصوص الدستور بل وتستطيع تقييد الحرية الشخصية المكفولة بالمادة ٤١ من الدستور دون التقيد بأحكام قانون الاجراءات الجنائية أى أن مباشرة هذه الاجراءات لا تتقيد بأى من الضمانات الخاصة بالحرية الشخصية والواردة فى قانون الاجراءات الجنائية وفضلا عن هذا فان عمومية النص تسمح باساءة استعمال هذا الحق والافتئات عن طريقه على الحرية الفردية مما يمكن أن يذكرنا بفترة من تاريخنا كان يطبق فيها ما يسمى بقانون النفى الادارى(١) .

وقد أعلنت حالة الطوارئ فى ظل دستور ١٩٦٤ فى ٥ يونيو ١٩٦٧ بالقرار الجمهورى ١٣٣٧ لسنة ١٩٦٧ على أثر نشوب الحرب بين مصر واسرائيل وهكذا لم تتعد الفترة التى عاشتها البلاد منذ عام ١٩٥٢ بدون قانون الطوارئ على ثلاث سنوات من عام ١٩٦٤ الى عام ١٩٦٧.

ومن هنا نستطيع أن ندرك مدى ضعف السلطة التشريعية ازاء السلطة التنفيذية وهذا الضعف يؤدى الى أن تصبح السلطة التشريعية أداة طيعة فى يد السلطة التنفيذية تستطيع من خلالها (السلطة التنفيذية) أن تستصدر ما شاء لها من قوانين دون أن تجرؤ السلطة التشريعية على الاعتراض ولكن قد يكون لهذا الضعف أثره من الناحية العملية فى

---

(١) د/ حسن صادق المرصفاوى : ضمانات الحرية الشخصية فى ظل القوانين الاستثنائية ، مقالة منشورة بمجلة المحاماة - العددان ٣ ، ٤ - مارس وأبريل سنة ١٩٧٦ - ص ١٧٦ ، وانظر الرقابة على السلطة القائمة على حالة الطوارئ - المرجع السابق - ص ٨٨ ، وانظر د/ مدحت محمد على - نظرية الظروف الاستثنائية ١٩٧٨ - ص ١٣٤ .

دستورية أو عدم دستورية القوانين التى تصدر عن السلطة التشريعية ، غير أن السلطة التنفيذية فى ظل دساتير الثورة لم تكن بها ثمة حاجة الى استخدام السلطة التشريعية لاصدار قوانين غير دستورية . وما ذلك الا لأن السلطة التنفيذية وللأسباب التى سبق وأوضحناها كانت تملك اداة الحكم الرئيسية التى من خلالها كان يمكن لها أن تخرج عن الدستور ان شاءت وهى القرارات بقوانين وهذا الوضع يتعارض مع وضع السلطة التشريعية فى اطار الواقع العملى لدستور ١٩٧١ حيث أصبحت القوانين هى اداة الحكم الرئيسية ومن خلالها يمكن أن نتابع ما قد تصدره من قوانين مخالفة للدستور لأن السلطة التنفيذية فى ظل دستور ١٩٧١ ، وان كانت أقوى من السلطة التشريعية أيضا الا أنها - أى السلطة التنفيذية - لم تكن لها ذات السيادة والسلطان فى ظل واقع دساتير الثورة ، فدستور ١٩٧١ كان يتبنى مبدأ سيادة القانون وكان على السلطة التنفيذية ولو ظاهريا أن تخضع للقانون لذا كانت السلطة التنفيذية رغم قوتها تمارس تأثيرا غير مباشر على السلطة التشريعية لاصدار ما يعن لها من قوانين كما أنها لا تستطيع ان تستخدم القرار بقانون الا فى حالات محددة لا سبيل لها للفكاك منها ، عكس الوضع فى ظل دساتير الثورة فالمفهوم الثورى لفكرة الدستور يجعل من الممكن إلغاء الدستور المقيد لحركة السلطة التنفيذية فى أى وقت وإستبداله بدستور آخر أكثر ملائمة للدفع الثورى ، فالدستور لا يجب أن يقف عقبة أمام تحقيق الاهداف الثورية ، من هنا كانت المخالفات الصريحة للدستور أكثر من المخالفات الضمنية فما الحاجة للمخالفة الضمنية اذا كانت المخالفة الصريحة ممكنة سواء بالقرار بقانون أو بالقانون نفسه ؟ وسيظهر من استعراضنا للمخالفات الدستورية التى وقعت فى ظل دساتير الثورة مدى صحة قولنا هذا .

المبحث الثانى

التشريعات المخالفة لدساتير الثورة

بعد قيام الثورة واصدار الاعلان الدستورى الخاص باسقاط دستور ١٩٢٣ ، صدر اعلان دستوري من قادة الثورة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ وتميز بالإيجاز فى تنظيمه للسلطات وأهم ما ورد به تركيز السلطتين التشريعية والتنفيذية في يد واحدة حتى تستطيع فى سهولة ويسر أن تحقق أهداف الثورة[1] .

ولهذا لا يمكن النظر فى دستورية عديد من المراسيم بقوانين التى صدرت فى هذه الفترة نظرا لأن هذا الدمج بين السلطات يجعل النظر فى دستورية هذه المراسيم بقوانين أمرا لا يتفق والطبيعة الاستثنائية لهذه الفترة ولأن هذا الدمج بين السلطات قضى على المعنى الحقيقى لمفهوم الدستور القائم على توزيع السلطات بين المؤسسات المختلفة وتحقيق الفصل بينها مع قيام التعاون بينها فى ذات الوقت أى أن الاعلان الدستورى كان الغرض منه اطلاق يد مجلس قيادة الثورة فى اتخاذ الاجراءات المناسبة لتحقيق أهداف الثورة ولهذا نجد أن المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ قد صدر فى شأن جريمة الغدر وحددت المادة الأولى منه أنه فى تطبيق أحكام هذا القانون يعد مرتكبا لجريمة الغدر كل من كان موظفا عاما وزيرا أو غيره وكل من كان عضوا فى أحد المجالس البلدية أو القروية أو مجالس المديريات وعلى العموم كل شخص كان مكلفا بخدمة عامة أو له صفة نيابة عامة ارتكب بعد أول سبتمبر ١٩٣٩ فعلا من الأفعال الآتية :

---

(١) د/ ثروت بدوى : القانون الدستورى - ص ٢٨٠ .

(١) التعاون على افساد الحكم أو الحياة السياسية بطريق الاضرار بمصالح البلاد العليا أو التهاون فيها أو بطريق مخافة القوانين ، وذلك للحصول على مزايا سياسية وحدد هذا المرسوم العقوبات الجائزة توقيعها على مرتكب الجريمة ومنها العزل من الوظائف العامة والحرمان من حق الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية أو المجالس البلدية أو القروية أو تولى الوظائف العامة مدة خمس سنوات وغيرها من العقوبات المتعلقة بمباشرة الحقوق المدنية .

ومن هذا يبين أن المرسوم بقانون لم يأخذ فى الاعتبار عدم رجعية الجرائم والعقوبات فهو يعاقب على أفعال سابقة على قيام الثورة بأكثر من اثنى عشر عاما كما أن مواده واسعة ومطاطة فى تحديد الجرائم على وجه دقيق ولكن كان هذا المرسوم متفقا مع أغراض الثورة وأهدافها مما نادت به من تطهير للحياة السياسية .

وكذلك صدر من مجلس قيادة الثورة قرار فى ١٦ سبتمبر ١٩٥٣ بانشاء محكمة الثورة من عدد من الضباط تختص بالنظر فى الأفعال التى تعتبر خيانة للوطن أو ضد سلامته فى الداخل والخارج ، وكذلك الأفعال التى تعتبر موجهة ضد نظام الحكم الحاضر أو ضد الأسس التى قامت عليها الثورة وبالنظر فى الأفعال التى ساعدت على فساد الحكم وتمكين المستعمر بالبلاد وكل ما كان من شأنه افساد الحياة السياسية أو استغلال النفوذ دون مراعاة لصالح الوطن كما تختص المحكمة بالنظر فيما يرى مجلس قيادة الثورة عرضه عليها من القضايا أيا كان نوعها حتى ولو كانت منظورة أمام المحكمة العادية أو غيرها من جهات التقاضى الأخرى وهذا الاختصاص يشمل كما سبق الأفعال التى ساعدت على فساد الحكم

بالطبع قبل الثورة وتمكين المستعمر بالبلاد وافساد الحياة السياسية قبل الثورة أى أن هذا القرار قد أعطى لهذه المحكمة سلطة التحقيق فيما يتراءى لها أنه إفساد للحياة السياسية أو التمكين للمستعمر دونما تحديد تاريخ معين لارتكاب هذه الجرائم وأعطيت هذه المحكمة سلطات واسعة تتدرج من الحكم بالحبس الى الحكم بالاعدام ، ونصت المادة السابعة من هذا القرار على أنه لا يجوز الطعن بأى طريقة كانت أو أمام أى جهة من الجهات فى أحكامها .

من هنا نرى خروج هذه القواعد على المبادئ العامة للعدالة التى توجب أن تكون محاكمة الشخص أمام قضاته الطبيعيين وأن يكفل له حق الطعن فى الاحكام الصادرة ضده كما يكفل له حق الدفاع عن نفسه ويظهر بدءا من هذا التاريخ المبكر (عام ١٩٥٣) الخروج على القواعد العامة لضمانات التقاضى مما سيكون له أثر خطير على حقوق الأفراد وحرياتهم .

الفرع الأول

ولا يعتبر ما سنورده من مخالفات دستورية بمثابة حصر لهذه المخالفات ابان سريان دساتير الثورة وانما يعتبر محاولة لابراز أهم هذه المخالفات وذلك حتى يتسنى لنا ابراز الفارق بين المخالفة الصريحة الواضحة للدستور والمخالفة المستترة له والتى يغلب أن تنطوى على انحراف تشريعى مع الأخذ فى الاعتبار أن الانحراف التشريعى يمثل أحد وجوه مخالفة القانون للدستور فالجزاء المترتب على وجود عيب الانحراف هو ذاته المترتب على وجود عيب بمحل القانون أو وجود عيب فى ركن الاختصاص وأن مقتضى وجود هذه العيوب هو الحكم بعدم دستورية القانون ، فالانحراف اذن جزء من كل فيجب من ثم الاشارة الى أغلب حالات الخروج عن الدستور سواء بعيب الانحراف أو بغيره من العيوب حتي يتسنى لنا فى النهاية معرفة نسبة حالات الانحراف التشريعى الى الحالات الأخرى التى يعاب القانون فى محله أو سببه فيها ومن حالات المخالفة الصريحة لدساتير الثورة .

أولا : القوانين المانعة من التقاضى :

وقد سبق وتعرضنا لبعضها من وجهة نظر فحص المحكمة الادارية العليا لمدى دستوريتها ومنها على سبيل المثال المرسوم بقانون ١٨١ لسنة ١٩٥٢ فى شأن فصل الموظفين بغير الطريق التأديبى والقانون ١٧٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن قرارات الهيئات الجامعية فى شئون طلابها والمادة ٣٨ من القانون ٧٣ الصادر فى ٣٠ مارس ١٩٥٧ بتحصين قرارات الوزير

الصادرة بالبت فى التظلمات التى يتقدم بها الموظفون بعد تخطيهم فى الترقية ، والمادة ٢١ من القانون ١٠٧ لسنة ١٩٥٧ فى شأن العمد والمشايخ والقانون ٢٠٣ لسنة ١٩٥٧ بخصوص حظر الطعن القضائى بالنسبة لترقيات وزارة الخارجية ، والقانون ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الادارة المحلية ، والقانون ٩٩ لسنة ١٩٦٢ بتحصين القرارات الصادرة من الجهات القائمة على الحراسة على بعض الأموال ، والقانون ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن التدابير الخاصة بأمن الدولة ، وهذه القوانين قد سلبت من المواطنين حقا مقدسا لهم بعدم جواز الطعن فى القرارات الادارية الصادرة بشأنهم وهو ما يبرز الى حد كبير مدى طغيان سلطات الادارة على موظفيها من ناحية وعلى الأفراد العاديين من الناحية الأخرى وهو ما يبرز ما سبق وعرضناه عن أن اداة الحكم الرئيسية كانت فى يد السلطة التنفيذية لا السلطة التشريعية وتتمثل فى القرارات الادارية الصادرة منها سواء كانت فردية أو لائحيه أو قرارات بقوانين.

ثانيا : صدور قرارات بقانون غير دستورية :

نص دستور ١٩٥٦ فى المادة ٣٠ منه على أن الجنسية المصرية يحددها القانون ولا يجوز اسقاطها عن مصرى ولا الاذن فى تغييرها أو سحبها ممن اكتسبها الا فى حدود القانون ومقتضى هذا النص أنه لا يجوز منح الجنسية المصرية بقانون لفرد بعينه والا كان هذا القانون مخالفا للدستور فى خصوص قاعدة العمومية والتجريد تلك القاعدة التى تعتبر من المبادئ التى لا يمكن اغفالها والا انهارت قاعدة المساواة التى يقوم عليها الدستور ولأنتفت فكرة القاعدة القانونية من أساسها ومخالفة هذه القاعدة

كما سبق وأوضحنا يتم عن طريقين ، الطريق الأول المخالفة الصريحة التى تتضح من مجرد الاطلاع على القانون أو القرار بقانون أى من الصياغة والطريق الثانى لا يتضح انهيار هذه القاعدة من مجرد صياغة القانون أو القرار بقانون ولكن يجب البحث فى النية الحقيقية وقصد مصدر القانون أو القرار بقانون وعلى ضوء هذه النية والقصد يتضح حقيقة التشريع ويظهر ما يعتوره من انحراف .

وقد صدر القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٥٦ ناصا على منح السيدة الدكتورة ماريا براثيل أرملة المرحوم أزدنيل براثيل ، الجنسية المصرية ومن هنا يظهر مخالفة هذا القرار بقانون للدستور فهو من صياغته خرج على قاعدة العمومية والتجريد ويخالف مقتضى المادة ٣٠ من دستور ١٩٥٦ التى قررت أن الجنسية المصرية يحددها القانون واذا حدد القانون شروطا معينة لاسباغ الجنسية ومنحها ، وعليه لا يجوز بقانون أو بقرار اسباغ الجنسية على أى فرد بشخصه والا كان القانون قرارا اداريا فرديا وهو ما لا يجوز ، ويجعل القرار بقانون ، أو القانون صادرا من غير مختص لأن الدستور حدد الحالات التى يصدر فيها القانون فى شكل فردى، ونلاحظ أن قاعدة العمومية والتجريد قد انتهكت كثيرا وبشكل سافر فى عدة قرارات بقانون ، ومنها القانون ١١٣ لسنة ١٩٦٣ باعفاء الحفل الذى اقيم بدار سينما ريفولى يوم ١٩٦٢/١١/٢٢ لصالح أبناء جمعية الجيل الجديد بالجزائر من ضريبة الملاهى والرسم الاضافى للأعمال الخيرية ويبرز هذا القرار بقانون الى أى حد بلغت اساءة استعمال سلطة اصدار القرارات بقانون والتى يفترض أن تكون صياغتها عامة مجردة حتى تعرض على البرلمان لأن تصديقه عليها يجعلها بمثابة قوانين . كذلك نجد أن

أغلب قرارات التأميم الصادرة عام ١٩٦١ ، ١٩٦٢ ، ١٩٦٣ ، ١٩٦٤ هى قرارات بقوانين صادرة بخصوص شركات بعينها اضافتها هذه القرارات بقوانين الى الجدول المرافق للقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت ، وهناك القرار بقانون ١١١ لسنة ١٩٦٤ بتعيين السيد طارق سليمان عزت فى وظيفة من الدرجة السادسة الادارية بوزارة الحربية.

ولعل الذى أدى الى اساءة استعمال هذه السلطة هو غياب عرض هذه القرارات بقوانين على مجلس الأمة إما لغيابه اثناء اصدارها وعدم عرضها عليه عقب انعقاده أو عدم وجوده مطلقا ، مثلما حدث بعد الانفصال عام ١٩٦١ وقد يثور تساؤل حول وجوب أن يصاغ القرار الجمهورى بقانون صياغة عامة مجردة مع أنه وفقا لما اطرد عليه الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر من أنه قرار ادارى قبل تصديق مجلس الأمة أو البرلمان عليه والقرار الادارى لا يشترط فيه الصياغة العامة المجردة ولكن الواقع أن القرار بقانون هو أحد الوسائل المتاحة لرئيس الجمهورية لتنظيم ما ينظم بقانون فى حالات غياب البرلمان سواء فى عطلته أو بين أدوار الانعقاد أو فى حالة حله وهو لذلك يجب أن تتوافر فيه شكلا ما يتوافر فى القانون من حيث الصياغة العامة المجردة لأن البرلمان عند تعرضه لهذا القرار بقانون لا يملك سوى الموافقة عليه أو رفضه جملة ، ومن ثم واذا كان البرلمان لا يجوز له أن يصدر قانونا فرديا يقصد به التطبيق على فرد بالذات أو فى حالة معينة ، فان القرار بقانون لا يجب أن يكون الا عاما مجردا خاصة فى اطار هذه المرحلة التى تتحدث عنها وبعد انهيار الوحدة بين مصر وسوريا والى صدور دستور ١٩٦٤ ، أى قرابة ثلاث سنوات لم يكن هناك ثمة

برلمان تعرض عليه هذه القرارات بقوانين ، بل كان رئيس الجمهورية ومجلس الرئاسة هما صاحبا التشريع آنذاك لذا وجب أن يكون القانون أو القرار بقانون عاما مجرد لا فرديا .

ثالثا :القانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ :

بعد صدور القرار بقانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ باعلان حالة الطوارئ واستمرارها حتى صدور دستور ١٩٦٤ نصت المادة الثالثة من هذا القرار بقانون على أن لرئيس الجمهورية متى اعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ بأمر كتابي أو شفهي تدابير معينة منها ، الاستيلاء على منقول أو عقار والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات وكذلك تأجيل أداء الديون والالتزامات المستحقة والتي تستحق على ما يستولى عيه أو على ما تفرض عليه الحراسة .

وقد صدر بناء على هذا القرار بقانون أمر رئيس الجمهورية رقم ١٤ لسنة ١٩٦١ بفرض الحراسة على أموال عدد من الأفراد ، وقد قام هؤلاء الأفراد بالطعن في هذا الأمر وذلك بعد صدور دستور ١٩٧١ طالبين الغاءه وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في قضائها في خصوص هذه الدعوى الى عدة مبادئ مشرقة في حماية حقوق الأفراد بعد أن رددت المحكمة ما سلف وكان قد استقر في قضاء المجلس من أن نظام الأحكام العرفية أو الطوارئ هو نظام ليس بالمطلق بل هو خاضع للقانون أرسى الدستور أساسه وابان القانون أصوله وضوابطه ورسم حدوده فيجب أن يكون اجراؤه على مقتضى هذه الأصول والضوابط ولأنه نظام استثنائي يجد مبرره فيما يعترض حياة الدول من ظروف واحداث فهو لا يجوز التوسع في تطبيقه

وانما يتقيد بغرضه ؤمرتهن بأهدافه وتتحدد السلطات المنبثقة عنه بصريح النص وترتبط بدائرته وحدها كاستثناء ينبو عن التفسير الواسع وان المتتبع لقوانين الأحكام العرفية وقانون الطوارئ يجد أنه لم يرد بها نص فى أى من هذه القوانين وإن وردت بها فى قوانين أخرى ولهذا فان الاستتار لغرض الحراسة تحت هذا القرار بقانون رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٥٨ الذى لم تجز نصوصه فرض الحراسة الا على الشركات والمؤسسات فان فرض الحراسة يكون قد صدر مخالفا قانون الطوارئ متنكبا غاياته وانطوى على مخالفة صارخة بالغة الجسامة لما فيه من اعتداء على الحرية الشخصية وحرية الملك الخاص تنحدر بالقرار الى مرتبة الفعل المادى المعدوم الأثر قانونا الذى لا يلحقه حصانة ولا يزول عيبه بفوات مدة الطعن فيه وانتهت المحكمة الى الغاء هذا القرار(١).

وقد صدر القرار بقانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ برفع الحراسة عن ممتلكات وأموال بعض الأشخاص ناصا فى المادة الثانية منه على أن تؤول للدولة ملكية الأموال والممتلكات المشار اليها فى المادة السابقة (أى أموال وممتلكات الذين ترفع عنهم الحراسة) ويعوض عنها أصحابها بتعويض إجمالى قدره ٣٠ ألف جنيها ما لم تكن قيمتها أقل من ذلك فيعوض عنها بمقدار هذه القيمة ، على أنه اذا كانت الحراسة قد فرضت على الشخص وعلى عائلته بالتبعية له فيعوض جميعهم عن جميع الأموال والممتلكات المفروض عليها الحراسة ما لا يجاوز قدر التعويض الاجمالى السابق بيانه وقد طعن بعض الخاضعين لهذا القانون أمام المحكمة الدستورية العليا بعدم

---

(١) المحكمة الادارية العليا - الطعن رقم ٨٣٠ لسنة ٢٠ - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ - مجموعة السنة ٢٥ - ص ٢٨ .

دستوريته ، وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذه المادة استنادا الى أن أيلولة هذه الأموال للدولة لا تعد من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة الذى لا يرد الا على عقارات معينة بذاتها ولا تعد من قبيل التأميم وانما يشكل اعتداء على الملكية الخاصة ومصادرة لها بالمخالفة لأحكام جميع الدساتير التى صدرت والتى تقرر فيها حماية حق الملكية بالاضافة الى ما أضافه دستور ١٩٧١ من عدم جواز المصادرة العامة للأموال[١].

رابعا : المفهوم غير الدستورى للمحاكم القضائية :

دأبت دساتير الثورة المختلفة على ترديد نفس المبادئ التى أوردها دستور ١٩٢٣ حول السلطة القضائية فدستور ١٩٥٦ تضمن أن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة (مادة ١٧٥) وأن القضاة غير قابلين العزل وذلك على الوجه المبين بالقانون (مادة ١٧٩) وأن يحدد القانون شروط تعيين القضاة ونقلهم وتأديبهم (مادة ١٨٠) ، كما نص على أن ينظم القانون ترتيب المحاكم العسكرية وبيان اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها (مادة ١٣٨) وتضمن دستور ١٩٦٤ ذات التنظيم بذات الألفاظ (مادة ١٥٣ ، ١٥٦) على أنه بدلا من الاشارة الى المحاكم العسكرية أشارت المادة ١٦٠ من الدستور الى أن ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة وبيان اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها .

---

(١) المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٥ لسنة ١ ق - جلسة ١٦ مايو سنة ١٩٨١ - مجموعة أحكام المحكمة ص ١٩٥ .

وقد سبق وأوضحنا ما هو مفترض فى أى محكمة تشكل وفقا لهذه الدساتير من تمتع قضائها بالاستقلال والحيدة وعدم القابلية للعزل بالاضافة الى التأهيل القانونى المفترض كمبدأ عام يمليه تفسير لفظ القضاء الاصطلاحى وأنه فى حدود هذه المبادئ للقانون أن ينظم ويرتب جهات القضاء وأنه فى مجال قضاء الدستورية يختلف الأمر عن قضاء المشروعية ذلك أننا اذا كنا فى صدد التفرقة بين القرار الادارى والقرار القضائى ، فنحاول استنباط واستخراج نية المشرع الا أننا وفى صدد البحث فى دستورية القوانين المنظمة للمحاكم القضائية يجب ألا نعتد الا بشروط المشرع الدستورى التى أوردها بالدستور ومن هنا يتسع المجال لإضفاء عديد من الضمانات على القضاة فى عملهم واعتبار هذه الضمانات بمثابة مبادئ عليا واجبة التطبيق ولا حاجة للنص عليها اما لاتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ فصل السلطات واستقلال القضاء أو اتفاقا مع نصوص الدستور ذاتها فعبارة لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون يعنى أن يكون هناك مسبقا قانون ينظم السلطات القضائية ويحدد حقوق وواجبات القضاة ونظامهم التأديبى ويجب أن يكون هذا القانون متضمنا عدم تدخل أى سلطة من السلطات الأخرى فى تعيين وترقية وفصل القضاة ، فهذه الأمور يجب أن تنظم من قبل القضاة أنفسهم .

هذه هى المبادئ التى تمليها نصوص الدستور ومبادئه العليا ولكن رغم هذ النصوص الا أنه صدر قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ وقد تضمن عددا من النصوص التى توسع من اختصاص المحاكم العسكرية ، فنصت المادة ٦ منه على أن تسرى أحكام هذا القانون على الجرائم المنصوص عليها فى البيانين الأول والثانى من الكتاب الثانى من قانون

العقوبات وما يرتبط فيها من جرائم والتى تحال الى القضاء العسكرى بقرار من رئيس الجمهورية ولرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحول الى القضاء العسكرى أيا من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر ونصت المادة ٧٥ على أن تسرى أحكام هذا القانون أيضا على كافة الجرائم التى ترتكب من أو ضد الاشخاص الخاضعين لأحكامه متى وقعت بسبب تأديتهم أعمال وظائفهم وكافة الجرائم التى ترتكب من الأشخاص الخاضعين لأحكامه اذا لم يكن فيها شريك أو مساهم من غير الخاضعين لأحكام هذا القانون .

وتنص المادة ٤٨ من ذات القانون على أن السلطات القضائية العسكرية هى وحدها التى تقرر ما اذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا وتنص المادة ٤٩ على أنه لا يقبل الادعاء بالحقوق المدنية أمام المحاكم العسكرية الا أنها تقضى بالرد والمصادرة وفقا لأحكام هذا القانون .

ولا تثريب على المشرع أن اراد تنظيم القضاء العسكرى والمحاكم العسكرية الا أنه يجب أن يلتزم بذات الأسس المقررة فى الدستور للقضاة وهى الاستقلال[1] وعدم القابلية للعزل الا أن المادة ٥٧ من القانون نصت على أن يخضع القضاة العسكريين لكافة الأنظمة المنصوص عليها فى قوانين الخدمة العسكرية ، وهى قوانين لا تسبغ ثمة حصانات على العسكريين فى احالتهم الى الاستيداع أو المعاش أو فصلهم بغير الطريق

---

(١) انظر رسالة المعيار المميز للعمل القضائى - بدرخان عبدالحكيم ابراهيم - جامعة القاهرة - سنة ١٩٨٤ . حيث يعرض مقومات استقلال السلطة القضائية ومنها : (١) اسلوب اختيار القضاء .
(٢) عدم قابلية القاضى للعزل . (٣) النظام الادارى والمالى للقضاة . (٤) تخصص القضاة .
(٥) مبدأ حياد القاضى .

التأديبى أو على الاقل انهاء خدمتهم مع مراعاة أن اختصاص ادارة القضاء العسكرى ومديرها وفقا للمادة ٢ من القانون هو أنه يتبع نائب القائد الأعلى للقوات المسلحة ويكون مستشارا قانونيا له أى أن أعلى سلطة فى القضاء العسكرى هى مجرد مستشار لنائب القائد الأعلى للقوات المسلحة .

واذا أخذنا فى الاعتبار نص المواد ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ فى خصوص سلطة التصديق على أحكام المحاكم العسكرية نجد أن للسلطة المختصة بالتصديق تخفيف العقوبات المحكوم بها أو ابدالها بعقوبة أقل أو الغاء كل العقوبات أو بعضها أو ايقاف تنفيذ العقوبات كلها أو بعضها أو الغاء الحكم مع حفظ الدعوى أو الأمر باعادة المحاكمة العسكرية أمام محكمة أخرى .

واذا كان هذا القانون معيبا فى بعض نصوصه من حيث التغول دون مبرر على اختصاص القضاء العادى وتوسيع مجال انطباقة مع عدم جواز الادعاء المدنى أمام المحاكم العسكرية (١) إلا أن ما يهمنا هنا هو عدم دستورية المحاكم العسكرية لافتقار قضاتها الى الاستقلال وعدم القابلية للعزل ولا مجال لمناقشة قيمة النص على هذه المحاكم فى الدستور ذلك أن النص عليها بالدستور لا يخل بوجوب توافر صفات الاستقلال وعدم القابلية للعزل والتأهيل القانونى فى أعضائها ، أما وقد افتقد قضاة هذه المحاكم هذه الصفات فلا مناص من اعتبار هذه المحاكم مشكلة تشكيلا غير

---

(١) اظر مذكرة د/ هشام صادق بخصوص عيوب هذا القانون مشار اليها فى د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣٣٠ ، وانظرمقالة د/ مأمون سلامة فى مجلة القضاة العدد الأول - سنة ١٩٦٨ - ص ٦٦ بخصوص انتقاداته الفنية لنصوص القانون .

دستورى وهذا التحليل يخالف ما انتهت اليه المحكمة العليا فى قضائها الذى سبق وحللناه وانتهينا الى عدم اتفاقه وصحيح نصوص الدستور الذى اعتبر أن لجنة ضباط القوات المسلحة هى بمثابة جهة قضائية وليست لجنة ادارية والذى أرست فيها عددا من المبادئ غير الدستورية ، منها ان المشرع أن يضفى الصفة القضائية على من لم يكن مجازا فى الحقوق أى غير المؤهل قانونا للفصل فى النزاعات وانه لا تثريب على وجود من سبق واشترك فى اصدار القرار المطعون فيه وسبق وأوضحنا أن هذه النتائج التى استخلصتها المحكمة كانت نتاج بحث غير صحيح عن ارادة المشرع فى حين أنه فى خصوص الدستورية فان الجدير بالبحث هى نية المشرع الدستورى التى تظهرها نصوص الدستور ومبادئه العليا[1] .

ولم تكن هذه المحاكم وحدها هى المعيبة بعدم الدستورية بل صدر القرار الجمهورى بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٦٧ بانشاء محكمة الثورة ونص القانون على أن تشكل محكمة خاصة تسمى محكمة الثورة وتختص بالفصل فيما يحيله اليها رئيس الجمهورية ، من الدعاوى المتعلقة بارتكاب الجرائم المنصوص عليها فى الكتاب الثانى من قانون العقوبات أو فى قانون الأحكام العسكرية أو أية جريمة تمس سلامة الدولة خارجيا أو داخليا ، أيا كان القانون الذى ينص عليها وكذلك الأفعال التى تعتبر ضد المبادئ التى قامت عليها الثورة ونصت المادة الثانية على أن تشكل محكمة الثورة بقرار من رئيس الجمهورية ونصت المادة الثالثة على ألا تتقيد المحكمة فيما تباشره من اجراءات التحقيق والمحاكمة الا بما يرد فى قرار تشكيلها ويكون لها كافة الاختصاصات المخولة لمحاكم الجنايات والمحاكم العسكرية العليا

---

(١) حكم المحكمة العليا - فى الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ ق ، دستورية جلسة ١٩٧٦/٢/٧ .

ونصت المادة الخامسة على أنه لا يجوز رد هيئة المحكمة أو أحد أعضائها ونصت المادة السابعة على أن أحكام محكمة الثورة نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي وجه من الوجوه وتعرض الأحكام على رئيس الجمهورية للتصديق عليها وله أن يخفف العقوبات المحكوم بها أو أن يلغى الحكم ويحفظ الدعوى أو يحيلها الى المحاكمة من جديد .

وقد طعن على هذا القرار بقانون[1] لعدم دستوريته وأهم وجوه الطعن هو مخالفته لنص المادة ٢٥ من دستور ١٩٦٤ والتى تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ولأن القرار بقانون خالف مبدأ استقلال القضاء بالنص على عدم جواز رد هيئة المحكمة أو أحد اعضائها وفى حكم للمحكمة العليا فى هذه الدعوى استمرت فى تبنى وجهة نظرها فى خصوص معنى المساواة ومعنى استقلال القضاء واطلقت يد السلطة التنفيذية فى تأييد انشائها لمثل هذه المحاكم الاستثنائية وذهبت المحكمة الى تقرير عدد من المبادئ منها أن حق التقاضى فى رد القضاه ليس من الحقوق الدستورية المقررة بنص الدستور وانما هو مقرر بتشريع عادى ، اذ نص عليه قانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية ، ولا يخل هذا المنع بمبدأ المساواة اذ أن عموم القاعدة القانونية يتوافر بمجرد انتفاء التخصيص والشارع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط تحدد المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون بحيث اذا توافرت هذه الشروط فى طائفة من الأفراد وجب اعمال المساواة بينهم لتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية فاذا اختلفت هذه الظروف بان توافرت الشروط فى البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم ولما كان التشريع

(١) الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ ق عليا .

المطعون فيه قد تضمن قواعد عامة مجردة لا تستهدف حالة فردية بذاتها وانما تطبق على من يحاكمون أمام محكمة الثورة طبقا للشروط والأوضاع التى نص عليها القانون والذين تختلف ظروفهم عن باقى المتهمين الذين يحاكمون أمام محاكم أخرى ، لذا كان القرار بقانون موافقا للدستور بهذا الخصوص[1] .

وقبل استعراض صحة هذا القضاء من المحكمة ، نشير إلى أن المحكمة قد تغاضت عن الشرط الأخير من المادة الأولى للقرار بقانون والتى تنص على اختصاص المحكمة بالفصل فيما يحيله اليها رئيس الجمهورية من الدعاوى المتعلقة ... وكذلك الأفعال التى تعتبر ضد المبادئ التى قامت عليها الثورة .

فحين تعرضت لدستورية هذه الفقرة بناء على الطعن عليها بمخالفة نص المادة ٢٥ من دستور ١٩٦٤ التى تقضى بأن لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، فذهبت المحكمة أمام هذا الوجه من أوجه الطعن الى أن الثابت من حكم محكمة الثورة المرفق بأوراق الدعوى أن ما نسب الى المدعى وحوكم عنه أمام محكمة الثورة هو ارتكابه جريمة الخيانة العظمى وهى جريمة تمس أمن الدولة وسلامتها والتى تندرج فى الجرائم التى حددتها المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه والتى يستقيم نصها وينتج أثره القانونى بعد استبعاد العبارة المشار اليها لذلك فان ما يثيره المدعى فى هذا السبب يكون غير مجد فى دعواه .

وهذا القول من المحكمة يبرز الى حد كبير مدى ما سبق وأوضحناه

---

(١) حكم المحكمة العليا - الدعوى رقم ٨ لسنة ٤ ق عليا - جلسة ٧ فبراير ١٩٧٦ .

عن سلطان القاضي على الدعوى وعلى القانون ، بل وعلى الدستور فى حالة الطعن بالدستوريه ، فالمحكمة قد تنصلت من مسئوليتها الدستورية حيال نص أو جزء منه ، فالأصل أن قضائها عينى ينصب على نص معين لا على استفادة المدعى أو عدم استفادته من الدعوى ولذلك كان واجبا أن تتصدى لهذا الجزء من المادة الأولى من القرار بقانون بأن تقضى بعدم دستوريتها لمخالفتها صريح نص المادة ٢٥ من دستور ١٩٦٤ ولن يضيرها ذلك فى شئ سوى إعمال لرقابتها العينية على القانون كما أن هذا الشطر من المادة كان سيتغير حتما لو كانت عقيدة المحكمة قد اتجهت للآخذ بمجمل الطعن على هذا القرار بقانون وانتهت الى عدم دستوريته فعندئذ كانت ستتخذ من هذا الشطر من المادة دليلا على اكتمال عدم دستورية القرار بقانون ولكنها استبعدت هذا الشطر من المادة الأولى ولم تفصل فيه حتى لا يؤثر على كمال عقدتها حول دستورية هذا القرار بقانون .

والقرار بقانون يخالف مبدأ المساواة المنصوص عليها فى دستور ١٩٦٤ وكل الدساتير الصادرة قبله فمقتضى مبدأ المساواة ألا تفترق المعاملة القانونية للأفراد المتماثلين فى المراكز القانونية وفقا لقضاء المحكمة العليا ذاتها والفارق بين تقرير هذه القاعدة ابتداء والأخذ بها انتهاء وهو الذى مكن المحكمة العليا من استخدام هذه القاعدة استخداما يتنافى مع معنى المساواة نفسها ، ولتفصيل ذلك نقول أن مقتضى وضع هذه القاعدة أولا تحت نظر المحكمة أن تفحص المحكمة تحقق المساواة فى القانون أو القرار بقانون محل الفحص بالنظر عما اذا كان هذا القانون يفرق بين الأشخاص المتماثلين فى المراكز القانونية أم لا عندئذ تكون المراكز القانونية تشمل عديدا من الأشخاص نظرا لتجرد القاعدة القانونية

وعموميتها ، ففى خصوص هذا القرار بقانون يكون المخاطبين بالقاعدة القانونية مع ما فيها من عمومية وتجريد قد انتفت المساواة بينهم وبين المتماثلين معهم فى المراكز القانونية الا وهم الذين أحال رئيس الجمهورية جرائمهم الى هذه المحكمة مع وجود من ارتكبوا ذات الجرائم وحوكموا أمام المحاكم العادية المنشأة طبقا للقانون المحدد لاختصاص المحاكم القضائية ، فهنا ينتفى مبدأ المساواة لأن الضمانات مبتسرة أمام هذ المحكمة فلا استئناف لأحكامها وهى مشكلة من غير قضاه ولا يتحقق للمتهم امامها نفس الفرص أمام المحاكم الأخرى من امكانية رد المحكمة ، فهنا ينتقص مبدأ المساواة .

أما ما فعلته المحكمة فهو اقحام مبدأ العمومية والتجريد على مفهوم المساواة أى أنها أخذت بالمفهوم العادى لمبدأ المساواة انتهاء ، فبعد أن تأكدت أن القرار بقانون يتضمن قواعد عامة مجردة تيقنت من دستوريته وعدم مخالفته لمبدأ المساواة لأنه لم يفرق بين أفراد الطائفة الواحدة المخاطبين بأحكامه وهو ما جعل مفهوم المساواة يأخذ عنه المحكمة معنى ضيقا ، فاذا أخذنا بقضاء المحكمة ومفهومها عن المساواة ، لن نجد ثمة قانون يمكنه الخروج على هذه القاعدة وقد سبق لقضاء المحكمة الادارية العليا أن أخذ بهذا التخريج لمفهوم المساواة وقد سبق أن تعرضنا لقضائها فى هذا الشأن ولكن قضاء المحكمة العليا فاق قضاء المحكمة الادارية العليا فى هذا الشأن ذلك أن رئيس الجمهورية يملك وفقا للقرار بقانون محل الطعن أن يجعل بعض الدعاوى التى يراها جديرة بالنظر أمام محكمة الثورة دون باقى الدعاوى مما يعد اخلالا خطيرا بمبدأ المساواة ناتجا عن التفرقة بين المتماثلين فى المراكز القانونية ولا محل للتذرع بالعمومية

والتجريد هنا لأن كل قانون يخاطب أفراد مجردين يصبح عاما مجردا ولكن يكون أبدا مخالفا لمبدأ المساواة بين المخاطبين به ولكن اذا نظرنا الى هذه الطائفة المخاطبة بالقانون فى مقارنة بينها وبين الطوائف الأخرى المتماثلة معها فى المراكز القانونية - ولكن لم يخاطبهم القانون - يبين لنا مدى الخروج على مبدأ المساواة .

ولقد كان ممكنا أن تحسم المحكمة هذا الجدل بصدد دستورية القرار بقانون فى ضوء القواعد التى سبق وأوضحناها عن سلطة المشرع فى إنشاء جهات قضائية فله فى ذلك سلطة واسعة ولكنها مقيدة بوجوب أن يتوافر فى القضاء الاستقلال والحيدة وعدم القابلية للعزل والثقافة القانونية كمبدأ عام واجب التطبيق بالاضافة الى وجوب توافر ضمانات التحقيق والمحاكمة التى نص عليها الدستور كحق الدفاع بما يضمنه هذا الحق من حق رد هيئة المحكمة بأكملها وبغير فهم حق الدفاع عن هذا النحو لن يكون له ثمة جدوى ويغدو النص عليه فى الدستور بمثابة تزييف لا طائل من ورائه فحق الدفاع المقرر فى المادة ٢٨ من دستور ١٩٦٤ ومفهوم استقلال القضاء المقرر لصالح المتقاضين يجعلان من حق رد القضاة حقا دستوريا لامراء فيه، فكيف يتسنى أعمال مقتضى حق الدفاع اذا لم يكن فى مكنة المتهم أن يطلب رد أحد قضائه أو حتى هيئة المحكمة ؟ وكيف يمكن فهم استقلال القضاء اذا لم يكن فى جانب منه موجهة الى الخصوم ؟ بمعنى أن يكون القضاء مستقلا لا بالنسبة للسلطات الأخرى ولكن بالنسبة لطرفى النزاع أيضا ، ولا يتحقق هذا الا اذا كان فى مكنة الخصوم رد القضاه لصلة عداوة أو صداقة بالطرف الآخر .

ان مفهوم المحكمة عن رد القضاه انه مبدأغير دستورى لأنه غير

منصوص عليه بالدستور يماثل تماما مفهوم المحكمة الادارية العليا عن حق التقاضى بأنه غير دستورى لأن الدستور لم ينص عليه .

ان مفهوم الهيئة القضائية يتألف من جماع عدد من المفاهيم القانونية كحق الدفاع وعدم قابلية القضاة للعزل واستقلال القضاه وتأهيلهم القانونى، هذه المفاهيم تتضافر لتكون عناصر المحكمة التى يستقل المشرع بانشائها فيجب أن يتوافر فى القانون المنظم لها كل هذه العناصر والا اصبحت محكمة صورية لا تنطبق عليها حتى النصوص وفحص مدى دستورية انشاء محاكم غير قضائية لابد أن تشمل وجود هذه العناصر أو عدم وجودها ، للقول بصحة انشاء هذه المحاكم أما اعطاء السلطة التنفيذية أو التشريعية سلطة انشاء محاكم من أفراد غير متمتعين بالتأهيل القانونى الواجب توافره فى القضاة أو من أشخاص مؤهلين ولكنهم قابلين للعزل أو للنقل من اماكنهم أو تخفيض مرتباتهم فليس هذا بتطبيق سليم لاستقلال القضاء أو تشكيل محكمة من قضاة غير قابلين للعزل ولكن غير قابلين للرد من قبل الخصوم فهنا يختلط مفهوم القضاء المستقل بمفهوم حق الدفاع ويمتزج المفهومان ليصبحا انتقاصا من ضمانات الافراد وخروجا على مبدأ المساواة وتمييزا بين من سيحاكمون أمام هذه المحكمة ومن ارتكبوا نفس الجرائم ولكن لم يحالوا اليها .

ومن هنا كان هذا القضاء من المحكمة العليا متمما لقضائها بذات الجلسة فى خصوص لجان القوات المسلحة[١] .

(١) جلسة ٧ فبراير سنة ١٩٧٦ - الدعوى رقم ٤ لسنة ٤ ق دستورية .

خامسا : التفويض غير الدستورى للسلطة التنفيذية :

نص دستور ١٩٦٤ فى المادة ١٢٠ منه على أن لرئيس الجمهورية فى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الأمة أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محددة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها ، ولظروف حرب ١٩٦٧ أصدر مجلس الأمة القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ، بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون[١]، ونص فى المادة الأولى منه على أن يفوض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون خلال الظروف الاستثنائية القائمة فى جميع الموضوعات التى تتصل بأمن الدولة وسلامتها وتعبئة كل امكانياتها البشرية والمادية ودعم المجهود الحربى والاقتصادى والوطنى وبصفة عامة فى كل ما يراه ضروريا لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية .

وقد ذهبت المحكمة العليا فى عديد من أحكامها الى توافر الشروط التى نص عليها الدستور فى هذا التفويض فالدستور حدد هذه الشروط بثلاثة : الأول أن يصدر التفويض لمواجهة ظرف استثنائى وكان هذا الظرف متوافرا فى نذر الحرب التى اندلعت بعد ذلك فعلا ، والشرط الثانى خاص بتحديد مدة التفويض ونظرا لعدم وضوح المدة التى ستستمر فيها المعركة بين مصر واسرائيل فتحديد المدة بوحدات قياس الزمن العادية أمر مستحيل فى هذه الظروف ويعتبر تحديد هذه الظروف بالظروف الاستثنائية التى اقتضتها ضرورة وهى ظروف موقوفة بطبيعتها - يجعل شرط المدة متوافرا أما بخصوص الموضوعات التى يرد عليها التفويض فاذا كان تحديد هذه

---

(١) الجريدة الرسمية فى ١٩٦٧/٦/١ - العدد ٦٣ .

الموضوعات يتسم بالسعة فان هذه السعة قد أملتها ظروف الحرب ، أما ما تضمنته العبارة الأخيرة من المادة المذكورة عن تفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون بصفة عامة فى كل ما يراه ضروريا لمواجهة الظروف الاستثنائية فانه لا ينفى عن الشطر الأول من النص استيفائه لشرط تعيين الموضوعات التى يرد عليها التفويض وذلك بالنسبة للموضوعات المحددة فيه وانه بالنسبة للأسس التى تقوم عليها الموضوعات التى تعرض رئيس الجمهورية من اصدار قرارات بشأنها فانها مستفادة من العبارة الأخيرة من نص المادة الأولى من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ أى أن تكون القرارات ضرورية لمواجهة الظروف الاستثنائية التى حلت بالبلاد بالسرعة والحسم الواجبين وأن تكون ممارسة رئيس الجمهورية لهذا الاختصاص الاستثنائى بالقدر الضرورى لمواجهة هذه الظروف[١].

والواضح أن المحكمة فى سبيل تبرير دستورية هذا القانون أهدرت شرط المدة والواجب توافره فى قانون التفويض وترتب على هذا الاهدار أثران فى غاية الخطورة أولهما عدم امكانية رقابة القرارات الجمهورية بقانون الصادرة بناء على قانون التفويض من جانب السلطة التشريعية فمقتضى تحديد مدة معينة ولتكن سنة مثلا ولا مانع من تجديدها اذا استمرت الظروف الاستثنائية أن يطلب رئيس الجمهورية تجديد هذا التفويض وعندها يمكن للسلطة التشريعية مناقشة دستورية ما صدر من قرارات بقوانين من ناحية واستمرار الظروف الاستثنائية التى تبرر التفويض

---

(١) المحكمة العليا جلسة ١٩٧٣/١١/٣ - الدعوى رقم ١ لسنة ٣ ق عليا ، وجلسة ٥ أبريل سنة ١٩٧٥ - الدعوى رقم ٩ لسنة ٤ ق عليا ، والدعوى رقم ١٣ لسنة ٤ ق عليا - بذات الجلسة ، وجلسة ٦ مارس سنة ١٩٧٦ - الدعوى رقم ٨ لسنة ٣ ق عليا .

من ناحية أخرى وعدم تحديد مدة معينة أهدر حق المجلس في هذه الرقابة وهو الحق الذي لا يجوز للمجلس نفسه أن يتنازل عنه لأن الدستور اشترط هذا الشرط والأمر الثاني أنه أعطى للمحكمة العليا نفسها فرصة النظر في استمرار الظروف الاستثنائية أو عدم استمرارها ومن ثم أصبحت المهيمنة على تحديد مدى سريان القانون . فيمكنها مثلا الحكم بعدم دستورية قرار بقانون لأن الظروف الاستثنائية انتهت والعكس صحيح وتصبح المحكمة من ثم جهة قضاء ملائمة .

وتطبيقا لهذا القضاء قضت المحكمة الدستورية بدستورية القرار بقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٨ في شأن عدم أحقية العاملين بشركات القطاع العام في تقاضي الحد الأدنى للمرتبات المقررة في لائحة نظام موظفي وعمال الشركات الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٥٩٨ لسنة ١٩٦١ لأن تقرير أحقيتهم في تقاضي هذا الحد الأدنى تثقل بعض شركات القطاع العام بأعباء مالية قد لا تسعفها ظروفها في الوفاء بها ، أي أن هدف هذا التشريع هو دعم الاقتصاد القومي ويدخل من ثم ضمن النطاق المسموح بصدور قرار بقانون به[١] .

ووفقا لهذا المفهوم الواسع فعلا أصدر رئيس الجمهورية عديدا من القرارات بقوانين طبقا للقانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ نقل بها الاختصاص التشريعي كاملا اليه فأصبح بمقتضى القرارات بقوانين العديدة التي أصدرها مصدر التشريع في الشئون المالية تحت ذريعة مواجهة الظروف الاستثنائية[٢] ، بل وصدرت قرارات بقوانين لا تمت بصلة للظروف

---

(١) المحكمة العليا - جلسة ١٩٧٣/١١/٣ - الدعوى رقم ١ لسنة ٣ ق عليا .

(٢) انظر القرار رقم ٢١ لسنة ١٩٦٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٦٧ بشأن تعديل أحكام القانون ٤٢٩ لسنة=

الاستثنائية أو الدفاع والأمن القومي ، كالقرار الجمهوري بقانون ٣٣ لسنة ١٩٦٨ بنظام موظفى المؤسسات العامة التى تمارس نشاطا علميا والقرار بقانون ٣٦ لسنة ١٩٦٨ الخاص بعمال اليومية والقرار بقانون ٣٨ لسنة ١٩٦٨ والخاص بالحكم المحلى والقرار بقانون ٦٢ لسنة ١٩٦٨ بتحسين المعاشات لبعض موظفى الحكومة ، كما صدرت القرارات بقوانين عام ١٩٦٩ التى أعادت تشكيل الهيئات القضائية بما عرف بمذبحة القضاء وسنتعرض لها بالتفصيل فيما بعد ، ولكن يهمنا هنا ابراز مدى خطورة ما انتهت اليه المحكمة العليا من توافر شروط التفويض التى نص عليها الدستور فى هذا القانون أى أن القانون فى مجمله خرج على أساس التفويض المقررة صراحة بالدستور(١).

فالاعتبارات العملية التى أدت بالفقه الى الاعتراف بهذا التفويض ورد الأمر فى النهاية الى حالة الضرورة التى تبرره وبالرغم من اختلاف الفقهاء حول طبيعة قانون التفويض وهل هو تفويض تشريعى أم توسيع للاختصاص اللائحى للسلطة التنفيذية ، إلا أن أغلب الفقه فى فرنسا قد استقر على عدم جواز التفويض التشريعى فى المسائل التى يتطلب الدستور فيها صدور قانون وان التفو.ض يقتصر على غير هذه المسائل نظرا لأن الدستور بنصه على هذه المسائل قد اشترط صدور قانون ينظمها بما لا

= ١٩٥٥ بشأن السيارات والمرور والقرار ٢٣ لسنة ١٩٦٧ بفرض ضريبة لأغراض الامن القومى ، والقرار بقانون ٢٤ لسنة ٢٤ لسنة ١٩٦٧ ، بتعديل بعض أحكام القانون ٢٣٣ لسنة ١٩٦٠ فى شأن أجهزة استقبال الاذاعة والتليفزيون والقرار بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٧ بتقرير رسم الدمغة و٢٦ نسنة ١٩٦٧ بتعديل رسم الانتاج والاستهلاك ، والقرار بقانون ٢٩ لسنة ١٩٦٧ بفرض ضريبة دفاع .

(١) انظر فى نفس هذا الرأى د/ أحمد مدحت على - نظرية الظروف الاستثنائية - المرجع السابق - ص ١٠٢ ، وانظر أحمد وهبه - القرار الجمهورى بقانون - ص ٩٨ .

يسمح للمشرع أن يفوض فيها رئيس الجمهورية والا خالف الدستور[١] ، فالمسائل التي ورد بها نص صريح في الدستور أن ينظمها قانون لا يجوز لقرار بقانون أن يتناولها وفقا لرأي غالبية الفقه وهذه المسألة القانونية تشكل نواة لمبادئ عامة كان يمكن للمحكمة العليا أن تتبناها حتى في حالة وجود وجهة النظر المخالفة والتي ترى انتقال سلطة التشريع مطلقا لرئيس الجمهورية في التفويض ، فكان واجبا على المحكمة بوصفها حامية للدستور أن تضع أساسا وقيدا للتفويض التشريعي لا يجيز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية في تنظيم الموضوعات التي ورد بالدستور وجوب تنظيمها بقانون ولكنها ذهبت الى أن الاختصاص التشريعي لمجلس الأمة ينتقل كاملا الى رئيس الجمهورية بالتفويض التشريعي (القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧) وله من ثم ممارسة صلاحيات مجلس الأمة في خصوص القانون ، ولذلك فلرئيس الجمهورية أن يصدر قرارا بقانون ذا أثر رجعي[٢] ، وذهبت المحكمة الى تبرير لقضائها غريب فالدستور يوجب موافقة ثلثي أعضاء المجلس على القوانين ذات الأثر الرجعي فذهبت المحكمة على أن الموافقة على التفويض بأغلبية تفوق أغلبية الثلثين تجيز لرئيس الجمهورية اصدار قرارات بقوانين ذات أثر رجعي !!! وهو منطق غريب لتبرير قضائها فما علاقة الموافقة على التفويض بالموافقة على تقرير الأثر الرجعي والدستور يشترط للأثر الرجعي أن يكون بقانون لا بقرار ؟

ونحن نعرض هذا القضاء ونبرر ما فيه من خروج على المفهوم

---

(١) انظر رسالة د/ محمود حافظ - بالفرنسية - التفويض التشريعي ، سالف الاشارة اليها ص٢٣٥ ، وانظر مؤلف أحمد وهبة - سالف البيان - ص ١٥٤ .

(٢) حكمها في الدعوى رقم ١ لسنة ٣ ١٩٧٣/١١/٣ ، وانظر حكمها في الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ - جلسة ٣ أبريل سنة ١٩٧٦ .

الدستورى السليم من ناحية وامكانيات تكوين قضاء ثابت ومستقر يحفظ حقوق الأفراد وحرياتهم ويحاول أن يقف أمام السلطة التشريعية فى قيامها كأداة فى يد السلطة التنفيذية خاصة وأن باب الاجتهاد مفتوح والآراء الفقهية تتناول هذا الرأى وذاك وهنا يبرز دور المحكمة فى تكوين قضاء مطرد ومستقر يحمى الحقوق والحريات والدستور وترتب على هذا القضاء دفاع المحكمة المستميت عن دستورية القرار الجمهورى بقانون بانشاء محكمة الثورة مع أن الدستور نص على أن القانون هو المرتب لجهات القضاء والمعين لاختصاصاتها (مادة ١٥٣) فها هو قرار بقانون يتناول امرا من أخص شئون المشرع ويجب أن يصدر قانون ينظمه تحقيقا لاستقلال القضاء وتطبيقا لقواعد المساواة وحسن سير العدالة ، ولكن يصدر قرار بقانون بانشاء محكمة خاصة لها اجراءات استثنائية ولا تستأنف أحكامها أمام أى جهة ، وصدر تشكيلها فعلا متضمنا اثنين من العسكريين وأحد المدنيين وجميعهم غير حاصلين على التأهيل القانونى اللازم[١]. وتقوم المحكمة العليا برفض الطعن بعدم دستورية هذا القانون وأمامها من الحجج التى تبرز عدم دستوريتها وآراء الفقهاء الشئ الكثير وتنحى كل هذا جانبا وتحاول وضع قواعد تبرر بها قضائها لا أسسا توضع لكل زمان ومكان وتضع المحكمة العليا فى الوضع اللائق بها كمحكمة حارسة للدستور ولذلك لم يكن غريبا أن يستغل رئيس الجمهورية هذه السلطة الواسعة ويصدر قرارات بقوانين باعادة تشكيل الهيئات القضائية ويفصل فيه عديدا من رجال القضاء وستناول هذا القرار بقانون فى مجال البحث عن الانحراف التشريعى .

---

(١) قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٦٧ بتشكيل محكمة الثورة ، النشرة التشريعية ، سبتمبر سنة ١٩٦٧ مكونة من السيد حسين الشافعى - السيد الفريق عبدالمنعم رياض - اللواء سليمان مظهر أعضاء .

الفرع الثانى

قرارات بقوانين

تثير فكرة الانحراف

بعدأن استعرضنا أهم القوانين والقرارات بقوانين غير الدستورية التى ظهرت فى عهد الثورة ، سنعرض لقرار جمهورى بقانون وقرار بقانون آخر ليس لأنهما معابان بالانحراف ولكن لابراز فكرة الانحراف فى القانون ذاتها وكيف تكون وفقا لتصورنا ولهذا فأحد القانونين الانحراف فيه واضح والآخر سيتضح من تحليله وجود الانحراف ولكن يسبقه فى اكتشاف الانحراف خروج واضح على الدستور ، فكيف يتسنى التفرقة بين الخروج الموضوعى عن الدستور والانحراف التشريعى ، هذا ما سنوضحه :

صدر القرار بقانون ١٣٢ لسنة ١٩٦٢ ناصا فى المادة الأولى على أن تضاف الى الجدول المرافق للقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٦١ المشار اليه الشركات والمنشآت التموينية المبينة فى الجدول المرافق لهذا القانون وقد تضمن الجدول المذكور فى البند ثالثا منه جميع الصناعات التموينية ومطاحن الموانى الملحقة أو المتداخلة فى الشركات والمنشآت التى ساهمت المؤسسة العامة للمطاحن والمخابز فى رأسمالها طبقا للقانون ٤٢ لسنة ١٩٦٢ وقرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦١ لسنة ١٩٦٢ .

وقد أدرج فى الجدول تحت رقم ٢ الملحق بالقانون ٤٢ لسنة ١٩٦٢ مصانع سوهاج الكبرى ضمن المطاحن التى ساهمت المؤسسة العامة للمطاحن والمخابز فى رأسمالها طبقا لأحكام القانون (القرار بقانون) ٤٢ لسنة ١٩٦٢ .

وقد اعتبرت وزارة التموين والمؤسسة العامة للمطاحن والمضارب والمخابز بالتطبيق للقرار بقانون ١٣٢ لسنة ١٩٦٢ ، أن معصرة زيوت ومستودع كسب ومصانع صابون ومصنع ثلج ومحطة كهربائية وهى جميعها مملوكة لصاحب مصانع سوهاج الكبرى من الصناعات التموينية الملحقة أو المتداخلة فى المطحن الذى ساهمت المؤسسة فى رأسماله وأعملت فعلا أثر هذا الالحاق واستولت على معصرة الزيوت ومستودع الكسب والعلف ومصنع الثلج والمحطة الكهربائية باعتبارها من الملحقات المتداخلة فى المطحن .

وقد أقام صاحب هذه المصانع الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ١٧ ق طالبة وقف تنفيذ القرار الخاص بادخال معصرة الزيوت ومستودع الكسب ومصنع الصابون ومصنع الثلج والمحطة الكهربائية فى مدلول الملحقات المتداخلة فى المطحن والمنصوص عليها فى البند ثالثا من الجدول الملحق بالقانون ٣٢ ا لسنة ١٩٦٢ .

وقد قضت محكمة القضاء الادارى فى ١٩٦٣/٢/١٩ باجابة المدعى الى طلباته وأقامت المحكمة قضائها على أساس أن المدعى وان تعدد نشاطه الصناعى غير أنه أعد لكل وجه من أوجه هذا النشاط المقومات الخاصة به من مكان وآلات وقوى محركة ، بل ودفاتر الحسابات الخاصة به ، كما أن المطحن قد انشئ مستقلا عن كل الأنشطة الأخرى عام ١٩٥٠ مستوفيا كافة مقومات برخصة خاصة به وعليه لا تعتبر معصرة الزيوت وملحقاتها من مصانع المدعى ، وانتهت المحكمة الى قضائها سالف البيان وقد طعنت الادارة فى هذا الحكم أمام المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٣/٤/٢٠ وتقيد الطعن برقم ٦٧٩ لسنة ٩ عليا وقبل نظر الطعن

صدر في ١٩٦٣/٤/٢٨ القرار بقانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ ناصا في مادته الأولى على أن ينقل الى الجدول الملحق بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ المشار اليه الشركات والمنشآت التموينية الخاصة بالمطاحن ومضارب الأرز المبينة بالجدولين المرافقين رقمي ١١٨ ، ١١٩ لسنة ١٩٦١ المشار اليهما وكذلك جميع الصناعات التموينية ومطاحن الموانى الملحقة أو المتداخلة وفي مادته الثانية يضاف إلى الجدول الملحق بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ المشار اليه الشركات والمنشآت التموينية المبينة في الجدول المرافق لهذا القانون وكذلك جميع الصناعات التموينية ومطاحن الموانئ الملحقة أو المتداخلة فيها.

وقد اشتمل الجدول الملحق بالقانون المذكور على ستة عشر مطحنا ووردت مصانع سوهاج الكبرى (معصرة زيوت - مستودع كسب - مصنع صابون - مصنع ثلج - محطة كهربائية) مع الستة عشر مطحنا .

وقد افصحت المذكرة الايضاحية لهذا القرار بقانون عن دواعي استصداره من أن بعض المنشآت التي لم تشملها مساهمه الدولة في رأسمالها طبقا للقانون ١١٨ لسنة ١٩٦١ المعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٢ والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٦٢ قد دأبت على مخالفة المواصفات المقررة في هذا الشأن ، ولما كانت صناعة طحن الدقيق وضرب الأرز من الصناعات التموينية الرئيسية التي تتصل بقوت الشعب وغذائه اليومي وتقتضي المصلحة العامة اشراف الدولة عليها اشرافا تاما لذا فقد أعد مشروع القانون المرافق لاضافة بعض المطاحن التي لم تكن الدولة قد ساهمت في رأسمالها الى الجدول الملحق بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ وكذا جميع الصناعات التموينية ومطاحن الموانئ الملحقة أو المتداخلة فيها .

وقد طعن المدعى على هذا القانون بمقتضى الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ١٧ ق أمام محكمة القضاء الاداري ، طالبا الحكم بوقف تنفيذ والغاء القرار الصادر من وزير التموين والمؤسسة العامة للمطاحن والمضارب والمخابز من الحاق مصانع سوهاج الكبرى (معصرة زيوت - مستودع كسب - مصنع صابون وثلج ومحطة كهرباء) المطحنة المؤممة والتى كانت مملوكه له وما يترتب على ذلك من الآثار وأقام المدعى دعواه على أساس أن القانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ قد صدر على نفس الأسس التى صدر بموجبه البند الثالث من القانون ١٣٢ لسنة ١٩٦٢ والذى انتهت محكمة القضاء الادارى فى حكمها فى الدعوى ٢٧٥ لسنة ١٧ الى عدم تداخل هذه المصانع مع مطحن المدعى الذى أمم فعلا وذهب المدعى الى أنه لا يطعن على القانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ ، بالبطلان وانما غاية ما ينشده استبعاد تطبيقه بالنسبة لمصانع سوهاج الكبرى لمخالفة اضافتها للجدول الملحق بالقانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ لمحل ذلك القانون وغايته المحددة لأن محل القانون وغايته تقصر التأميم على المطحن الذى كان مملوكا للمدعى وأمم فعلا ولا أساس لضم هذه المصانع - المنفصلة عن المطحن - اليه وتأميمها.

وبجلسة ٦ أغسطس ١٩٦٣ قضت محكمة القضاء الادارى فى هذه الدعوى بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وأقامت قضائها على أن القانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ صدر محددا هدفه والغرض منه فى عنوانه باضافة بعض الشركات والمنشآت التموينية الى الجدول المرفق بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات والمنشآت وأشار ضمن ما أشار اليه فى ديباجته الى القانون ١١٨ المعدل بالقوانين ٢ ، ٧٠ ، ١٣٢ لسنة ١٩٦٢ ، وهى الخاصة بالمطاحن ومضارب الأرز والمشار اليها بجداولها كما أن المادة

الأولى منه شملت جميع الصناعات التموينية ومطاحن الموانئ الملحقة والمتداخلة فيها أى ذات العبارة التى استحدثها القانون ١٣٢ لسنة ١٩٦٢ الخاص بتأميم بعض المطاحن والمضارب مما يقطع بأن هذه العبارة خاصة بالمطاحن والمضارب دون غيرها من المنشآت ويؤيد ذلك أيضا ما ورد بالمذكرة الايضاحية التى صرحت بعبارة المطاحن ومضارب الأرز من مخالفتها للمواصفات ، فالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٣ ، قصد الى تحقيق غاية معينة لحكمه حددها فى مذكرته الايضاحية وهى أحكام الرقابة على صناعة المطاحن والمضارب التى وصفها بأنها من الصناعات الرئيسية التى تتصل بقوت الشعب وغذائه اليومى ، ومصانع سوهاج الكبرى بالوصف الذى ادرجته فى الجدول المرفق لذلك القانون لا تتضمن مطحنا ولا مضربا ولم تقل جهة الادارة ولا يتصور أن تقول أن مصانع سوهاج الكبرى دأبت على مخالفة المواصفات فى صناعة طحن الدقيق وهى علة هذا التشريع وحكمته وعلى ذلك فان مجرد ادراج هذه المصانع فى الجدول المذكور لا ينهض بذاته سندا لتأميمها ما دامت خارجة عن مجال هذا القانون ونطاق ودواعى اصداره فهى ليست مطحنا ولا مخبزا ولا مضربا للأرز وليست ملحقة ولا متداخلة فى شئ مما ذكر وادراجها فى الجدول لا يعدو أن يكون بهذه المثابة عملا ماديا لا يرقى الى مستوى التشريع الواجب الحصانة والرعاية ذلك أن التأميم لا يتم تلقائيا بل لابد له من قانون يصدر بشأن المنشآت المراد تأميمها وحدد نوع تأميمها طبقا لأي من القوانين الاشتراكية السابق الاشارة اليها فلا يفيد فيه استنتاج ولا القياس ولا الأعمال المادية التى تتم على خلاف الأصول الدستورية والقواعد المرعية فى التشريع ، فالأصل فى التشريع أن يكون قاعدة عامة مجردة ، لذلك فان كل تشريع

يتحدد بغرض ودواعى اصداره وغنى عن البيان أن هذه الشروط والضوابط اللازمة لصحة التشريع يجب أن تصدق من باب أولى على ملحقاته كالجداول الملحقة به ، فيجب أن يتصف الجدول المرفق بالقانون بالعمومية والتجريد وألا يخرج عن محل القانون وغرضه ودواعى اصداره وعليه كان واجبا أن يتوافر فى الجدول الملحق بالقانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ حتى تلحقه الحصانة الواجبة لهذا التشريع أن يدرج فيه ما يتفق ولا يتعارض مع كل ما ذكر فاذا هو أقحم فى الجدول صناعة أو منشأة لا يصدق عليها أوصاف القانون بادراجها فيه ، كان هذا الادراج لا مخالفاً للأصول الدستورية وقواعد التشريع التى تحدد القانون بغرضه ودواعى اصداره فقط بل مخالفة لذات القانون المرفق به هذا الجدول مما يصح به القول بإنتفاء صفة التشريع عما ورد فى الجدول على هذا الأساس الباطل وتفقده بالتالى المشروعية الواجبة فيه .

وقد طعن فى هذا الحكم أمام المحكمة الادارية العليا(١) وأثبتت المحكمة فى حكمها فى هذا الطعن عديدا من المبادئ التى ترتبط بالانحراف التشريعى ، فذهبت الى أن لها الحق فى رقابة دستورية القوانين وأن الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية اذا صح أنه يصلح سببا لبطلان القانون دستوريا بيد أنه وان ساغ اتخاذ معيار ذاتى موضوعى للانحراف فى استعمال السلطة الادارية الا أنه فى نطاق الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية لا يسوغ أن يقبل الا معيارا موضوعيا محضا

---

(١) المحكمة الادارية العليا - القضية رقم ١١٩٨ لسنة ٩ - جلسة ١٩٦٤/٤/١١ ، مجموعة أحكام الادارية العليا ، السنة التاسعة - ص ٩٣٠ ، مع وجوب الاشارة الى أن جميع الأحكام السالف الاشارة اليها من أحكام القضاء الادارى - غير منشورة .

لا يداخله أى عنصر ذاتى ، فالواجب يفترض فى الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية وهى تسمو فى النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعلى رجل الادارة وهو يمارس سلطته الادارية الواجب أن يفترض فيها أنها لا تراعى فى جميع التشريعات الا المصلحة العامة ، كما أن التشريعات التى تقرها الهيئة التشريعية لا تنسب الى من اقترحها وانما تنسب اليها وحدها فكيفما كان القدح فيمن اقترحها من أنه قصد من اقتراحها الى غايات شخصية ، فان إقرار الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية لهذه التشريعات يلغى وجود من اقترحها ، فلا يكون مخالفا لهذه التشريعات الا الهيئة المذكورة وأنه ولئن قيل بأن من صور المعيار الموضوعى للانحراف فى استعمال السلطة التشريعية تجاوز التشريع للهدف المخصص الذى رسم له إلا أن قاعدة تخصيص الأهداف ليست كثيرة التطبيق فى ميدان التشريع ، فاذا أثيرت قاعدة تخصيص الأهداف بالنسبة لتشريع ما ينبغى السير بحذر شديد فى استخلاص هدف الدستور اذا كان المثار أن الدستور رسم للمشرع هذا الهدف .

ومن المقرر أن مجال تطبيق التشريع وأغراضه انما يلتمس أولا فى عنوان التشريع وفى نصوصه قبل أن تلتمس فى الأعمال التحضيرية ومنها المذكرة الإيضاحية إلا إذا أعوذ الى ذلك غموض عنوان التشريع أو نصوصه ومن الوضوح بمكان أن عنوان القانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ هو اضافة بعض الشركات والمنشآت هذا العنوان لم يجعل الاضافة مقصورة على المطاحن والمضارب والمخابز والصناعات التموينية الملحقة بها أو المتداخلة فيها بل وسعت الاضافة بغير قيد أو تحديد الصنوف الأخرى من الشركات والمنشآت التموينية وكون الشركة أو المنشأة من الشركات أو المنشآت

التموينية يكفى حتى تعتبر داخلة فى مجال تطبيق القانون وفى دائرة أغراضه ، ولما كان لا ريب فى أن مصانع سوهاج الكبرى من المنشآت التموينية فان ادراجها فى الجدول المرافق للقانون ٥١ لسنة ١٩٦٣ ومن ثم لا يبين أن هذا الادراج مشوبا بعيب الانحراف ، فليس فيه ثمة تجاوز لما استبان أن المشرع قيد به نفسه كما أن ما أشاره المدعى من أن اقتراح ادراج تلك المصانع كان لدوافع ذاتية ليس بذى أثر على صحة ادراجها من الناحية الدستورية .

وقد ذهبت المحكمة فى بدء تحليلها وانتهت الى أن طلبات المطعون ضده تدور حول عيب الانحراف بالتشريع لأنه لو أصاب القانون فيما يتضمن من ضم مصانع سوهاج الكبرى الى الجدول المرفق به لأضحى غير دستورى وتعين بحث مشروعية قرار وزير التموين بضم هذه المصانع الى المؤسسة المصرية للمطاحن ، أما لو ثبت صحة التشريع أصبح مجلس الدولة غير مختص ولائيا بنظر الدعوى لأن المطعون ضده يصبح وقد طعن مباشرة فى القانون لأن قرار وزير التموين هو قرار تنفيذى له واذا استبان للمحكمة صحة التشريع ودستوريته يضحى القرار الصادر من وزير التموين فى ١٩ مايو ١٩٦٣ بالحاق مصانع سوهاج الكبرى بمطحن المدعى المؤمم ليس قرارا اداريا وانما هو مجرد اجراء اتخذ للعمل على تنفيذ حكم القانون فتخرج هذه المنازعة عن اختصاص مجلس الدولة وانتهت المحكمة الى عدم الاختصاص الولائى للمجلس وبالطبع الغاء الحكم المطعون فيه .

والملاحظ على هذا الحكم أنه بحث صراحة فى الانحراف التشريعى وهو مالم يفعله حكم محكمة القضاء الادارى المطعون فيه بل إن حكم محكمة القضاء الادارى أقام تفرقة خاطئة بين الجدول الملحق بالقانون

والقانون نفسه ليستطيع الحكم على الحاق مصانع سوهاج الكبرى والمدرجة بالجدول ضمن المصانع المؤممة وهى تفرقة غير صحيحة فالجدول الملحق بالقانون جزء لا يتجزأ منه ولذلك كان البحث المثار هو دستورية أو عدم دستورية هذا القانون بما فيه من جداول ، وادراج اسم مصانع سوهاج الكبرى ضمنها وقد حاول الحكم بذلك أن يتفادى النظر الى القرار المطعون فيه على أنه قرار تنفيذى مادى لا يختص المجلس به ، صدر تنفيذا للقانون وليست فيه ثمة سلطة تقديرية لمصدره ولهذا حاول فصل الجدول عن القانون نفسه أما حكم المحكمة الادارية العليا فأصاب الحقيقة حين تصدى لبحث دستورية القانون الا أنه لم يعمل رقابة الانحراف لنهايتها .

فمع أن الحكم أخذ بفكرة دكتور السنهورى عن موضوعية عيب الانحراف الا أنه تغاضى عن أول القواعد الموضوعية التى أوردها دكتور السنهورى ليقرر وجود الانحراف فى أى منها الا وهى الرجوع الى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيارا موضوعياً ، فاذا كان التشريع فى حقيقة الأمر قصد به شخص معين أو واقعة بالذات فالتشريع يصبح مفتقدا للعمومية والتجريد المفترضة فيه[1] .

تجاوز الحكم هذه القاعدة وانتقل الى القاعدة الأخرى التى تجعل من تجاوز التشريع للغرض المخصص الذى رسم له محلا للبحث مع أن هذه القاعدة ليس لها مجال فى خصوص هذه القضية . فالدستور لم يحدد ثمة قاعدة مخصصة لقوانين التأميم حتى يقال أن هذا القانون قد خالفها ولذلك فان المحكمة ذهبت الى مذهب غريب فى بحثها لترفع التناقض بين غرض

---

(١) د/ السنهورى : مقاله سالف البيان – ص ٧ .

التشريع الموضح فى المذكرة الايضاحية وبين الجداول المرفقة به ، فغرض التشريع كما أوضحت المذكرة الايضاحية هو تأميم المطاحن والمضارب ، وبررت المذكرة الايضاحية ذلك بتلاعب أصحابها والحاجة لبسط الاشراف على هذه المنشآت التى تمس قوت الشعب وجاءت الجداول موضحة لكل المطاحن الواردة به عدا مصانع سوهاج الكبرى حيث عددت معصرة الزيوت ومستودع الكسب ومصنع الصابون والثلج والمحطة الكهربائية بالمطحن وهو الوحيد الذى ذكر بالجدول مفرداته فى حين أن جميع ما ورد به فيما عداه هى مطاحن فقط ولهذا حاولت المحكمة ان تستقى غرضا مخصصا من عنوان التشريع ومن مذكراته الايضاحية وانتهت الى أن هذا الغرض المخصص يشمل تأميم منشآت تموينية عموما مما يدخل هذه المصانع فى أغراض القانون وهو أمر لا يمت الى رقابة دستورية الهدف أو الغرض المخصص فلكى تبسط رقابة المحكمة على الغرض المخصص دستوريا ، يجب بعد ان تستخلصه من القانون أن تقارنه بالأغراض التى سمح بها الدستور أو لم يسمح بها وهنا لم يخصص الدستور هدفا أو غرضا معينا للتأميم فالمحكمة فى حقيقة الأمر قارنت بين نصوص القانون ممثلة فى جداوله واغراضه ممثله فى عنوانه ولا علاقة بها برقابة الدستورية أو رقابة الانحراف ، وبتحليل هذا القرار بقانون نجد أنه بادئ ذى بدء معيب فى صياغته عيبا يبطله ويقربه من القرار الادارى الفردى وذلك أنه حدد المطاحن والمضارب التى ستؤمم تحديدا واضحا معينا كل منها بالاسم وليست هذه مواصفات القانون ، فالقانون يجب أن تكون له صفة العمومية والتجريد ، فمثلا كان واجبا أن ينص على تأميم المنشآت التى تساهم الدولة فى رأسمالها أو تلك التى تخالف المواصفات على أن يصدر قرار من السلطة

المختصة بتحديد هذه المنشآت وهذا هو الأصل فى التشريع ولكن نظرا لأن صاحب التشريع هو ذاته السطة المنوط بها اصدار القرارات الادارية فيبدو واضحا أنه فى هذه الفترة لم تكن قاعدة العمومية والتجريد بقاعدة متبعة على كل حال فيما يصدر من قوانين نظرا لاتحاد صفة صاحب القرار الادارى وصاحب القانون واذا كان للمحكمة ان تتجاوز هذا الخروج الواضح على قاعدة العمومية والتجريد فى شأن المنشآت التى أوردها الجدول الملحق بالقرار بقانون وهذا الجدول جزء من القانون لا مراء فان تجاوزها هذا أدى الى نتيجة غريبة ، ذلك أنها تجاوزت القاعدة الأولى من قواعد الانحراف ، وهى الرجوع الى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معيارا موضوعيا ذلك أن التشريع كله خرج على قاعدة العمومية والتجريد فكيف يتأتى اتهام أحد بنود الجدول التى ورد بها تفصيل مصانع سوهاج الكبرى (مصنع الصابون - مستودع الكسب ... وغيرها) بأنه خرج على طبيعة التشريع فى حين أن التشريع ذاته ذكر المطاحن تفصيلا؟ وهو ما أدى بالمحكمة الى فحص الغرض الثانى للانحراف وهو تجاوز الغرض المخصص .

واذا نحينا هذا العيب فى القانون جانبا ، تسنى لنا أن نكشف عن الانحراف التشريعى فيه وفقا للمعيار الشخصى الذى انتهينا اليه فيما سبق ، فالمعايير الموضوعية لن تغنى عنها شيئاً هنا وانما يتضح الانحراف اذا وضح قصد المشرع وأيدت القرائن هذا القصد فالمشرع فى هذا القرار بقانون اراد التحايل والخروج على أحكام القضاء وذلك بتأميم مصانع سوهاج الكبرى لا باعتبارها مطحنا ولا مضربا للأرز ولكن باعتبارها معصرة زيوت ومستودع كسب ومصنع صابون ومحطة كهربائية ، وهو لا يمت بصلة الى المنشآت التموينية المرتبطة بالمضارب أو المطاحن ، لأن هناك

حكما قضائيا أثبت استقلال هذه المنشآت عن المطحن المملوك للمدعى الذى أمم ولم يجد المشرع وسيلة لتأميم هذه المصانع المنفصلة عن المطحن سوى ادراجها صراحة فى الجدول المتضمن للمنشآت التى ينبغى تأميمها ، وهى المطاحن ، فقرائن الانحراف تظهر من استعراض أصل النزاع بين المدعى والحكومة على تبعية هذه المنشآت للمطحن وانتصار القضاء له ثم اقحام هذه المنشآت ضمن المنشآت المؤممة دون أن تتعرض المذكرة الايضاحية لأية اشارة اليها وانفراد هذه المنشآت بأنها جاءت تفصيلا فى الجدول الملحق بالقانون ، هذه القرائن تؤدى دون مراء الى القول بوجود انحراف تشريعى فى هذا التشريع ، وبالطبع الأكثر سهولة بالنسبة لأية محكمة أن تتعرض لقاعدة العمومية والتجريد ولا تصل الى الانحراف بوصفه عيبا صعب الاثبات ولكن قصدنا من توضيح وجود هذا العيب هنا هو بيان كيفية اثباته وتكوين عقيدة المحكمة ازاء وجوده والاثبات هنا لم يتضمن أقوالا مرسلة بل وقائع ثابتة تؤيدها الأوراق ونصوص التشريع ذاته ومذكرته الايضاحية .

والحالة الثانية : هى قوانين إعادة تشكيل الهيئات القضائية :

عندما انعقد المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية الذى أقر الميثاق عام ١٩٦٢ تناول الرئيس جمال عبدالناصر فيما تناول موضوع الفصل بين السلطات ، وكانت مناسبة حديثه هو التنظيم الجديد للإتحاد الاشتراكى العربى وكيف يمكن ترشيح أعضاء مجلس الأمة عن طريقه وهو يضم فى ذات الوقت أعضاء السلطة التنفيذية وفى سياق توضيح الرئيس جمال عبدالناصر لفكرته عن انهيارالفصل بين السلطات فى الدولة الحديثة تناول موضوع امكانيات انضمام القضاة الى ذلك التنظيم وأعرب عن تصوره

لوجود صورة خاصة بهم تحكم انضمامهم الى هذا التنظيم[(١)] .

ولكن من المؤكد أن التنظيم الطليعي وهو الجهاز الذى انشأه الرئيس جمال عبدالناصر داخل الاتحاد الاشتراكى ذاته وجعله سريا ، قد شق طريقه الى صفوفه رجال القضاء وان هناك عددا من القضاة والمستشارين كانوا أعضاء فى هذا التنظيم[(٢)] .

وازاء تصاعد المطالبة بانضمام القضاء صراحة الى الاتحاد الاشتراكى قام نادي القضاة باصدار بيان فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٨ ، أشار فيه الى استقلال القضاء والى أن النيابة العامة جزء لا يتجزأ من السلطة القضائية بالاضافة الى تأييد القضاة لوجوب صلابة الجبهة الداخلية[(٣)] ، وقد أوضح هذا البيان من طرف خفى مدى قلق القضاة من تزايد تدخل أعضاء التنظيم الطليعى من القضاء فى النادى ومدى ما سيؤدى اليه ذلك من تحول القضاة جميعا الى أعضاء فى التنظيم السياسى[(٤)] .

وقد تمت انتخابات النادى فى ٢١ مارس ١٩٦٩ على أساس وجود اتجاهين اتجاه ينادى باستقلال القضاء والآخر ينادى بوجوب انضمام القضاة

---

(١) انظر تطورات هذه الافكار فى كتاب مذبحة القضاء - تأليف عبدالله امام - ص ٣٥ - مطابع روز اليوسف .

(٢) أنظر تطورات هذه التنظيم داخل صفوف القضاء - المذكرات المقدمة من السيد المستشار محمد الصادق مهدى فى الطعن رقم ٨٧٣ لسنة ١٩ ق عليا ، أمام المحكمة الادارية العليا - جلسة ١٩٧٦/٢/٢٧ .

(٣) انظر هذا البيان فى مؤلف المستشار ممتاز نصار - معركة العدالة فى مصر - دار الشروق - ص٦٠.

(٤) انظر ظروف اصدار بيان من استقلال القضاء فى عدد نادى القضاء الصادر عام ١٩٦٨ والسابق الاشارة اليه فى مؤلف د/ عصفور - استقلال السلطة القضائية المنشور فيه .

الى التنظيم السياسى تحت قائمة تمثل الحكومة[١]، وأسفرت الانتخابات عن نصر ساحق لانصار استقلال القضاء وكان لهذا النصر تأثيرا كبيرا فى مجتمع القضاة ، وأشارت الصحف جميعا الى اصداء هذا الانتصار ومغزاه[٢].

وقد استند الرئيس جمال عبدالناصر الى القانون ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفويضه فى اصدار قرارات لها قوة القانون فاصدر القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ باصدار قانون المحكمة العليا والقرار بقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية والقرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ باعادة تشكيل الهيئات القضائية والقرار بقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ فى شأن نادى القضاة ، والقرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ هو محل البحث في دستوريته .

وقد نص هذا القانون علي أن يعاد تشكيل الهيئات القضائية المنظمة بالقوانين رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ وبرقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ورقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ ، خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العمل بهذا القانون ونصت المادة الثانية على أن يصدر رئيس الجمهورية خلال المدة المذكورة القرارات اللازمة لإعادة تعيين أعضاء الهيئات القضائية فى وظائفهم الحالية أو فى وظائف مماثلة بالهيئات القضائية الأخرى ، وقضت المادة الثالثة على أن يعتبر من لا تشملهم قرارات إعادة التعيين المشار اليها فى المادة الثانية

---

(١) المستشار ممتاز نصار : معركة العدالة - المرجع السابق - ص ٧٥ .

(٢) انظر مجلة المصور - العدد رقم ٢٣٢٠ فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٩ ، مقال للأستاذ ابراهيم عامر.

محالين الى المعاش بحكم القانون وتسوى معاشاتهم ومكافآتهم على أساس آخر مرتب .

وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لهذا القرار بقانون[1]، أن انشاء محكمة عليا تعد خطوة أساسية نحو اصلاح النظام القضائى لما يحققه وجودها من تجانس في الأحكام القضائية وما يضمن للقضاء أن يؤدى رسالته صيانة لمبادئ المجتمع وحفاظا علي قيمه وقد اقتضى انشاء المحكمة العليا وما خوله لها القانون من اختصاصات أخرى هامة مثل اختصاصها بالفصل فى دستورية القوانين والاختصاص فى تفسير النصوص القانونية ضمانا لوحدة التطبيق القضائى وغيرها من الاختصاصات وهو ما اقتضى أن يعاد تشكيل الهيئات القضائية على نحو يكفل للاصلاح القضائى ان يحقق أهدافه نحو وحدة التطبيق القانونى وتجانس أحكام القضاء وضمان حقوق الدولة والمواطنين فى مرحلة التحول الاشتراكى التى تتطلب من القضاء أن يكون اداة لهذا التحول مما يرسيه من مبادئ وفق أحكام الميثاق والدستور.

وإذا صرفنا النظر عن عدم مشروعية هذا القرار بقانون لأنه صدر مخالفا لقانون التفويض وتجاوزا لنطاقة بما يقرب به من العدم فى هذا الخصوص[2] وتناولنا القرار بقانون ذاته من وجهة دستوريته لوجدنا أن دستور ١٩٦٤ قد نص فى المادة ١٥٦ منه على أن القضاء غير قابلين للعزل وذلك على الوجه المبين فى القانون ونصت المادة ١٥٧ على أن يعين القانون شروط تعيين القضاة ونقلهم وتأديبهم .

---

(١) كتاب مذبحة القضاء - ص ١٤٥ (وثائق الكتاب) .

(٢) حكم محكمة النقض فى الطعن المقيد برقم ٢١ لسنة ٣٩ - رجال قضاء جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ .

وإذا نظرنا الى القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ فى المادة الثالثة منه نجد أنها تنص على أن يعتبر من لا تشملهم قرارات إعادة التعيين المشار اليها فى المادة الثانية محالين الى المعاش بحكم القانون وتسوى معاشاتهم أو مكافآتهم على أساس آخر مرتب ، هذه المادة تعنى احالة بعض القضاة الى المعاش بغير الطريق الذى رسمه القانون ، مما يعنى عزلهم بالمخالفة لأحكام الدستور وهذه المخالفة واضحة بما لا يقبل الشك فى الظروف العادية ولكن صدور القرارات بقوانين المنشئة للمحكمة العليا وتنظيم مجلس الدولة وتشكيل نادى القضاء وغيرها من القرارات التى ترتبط بالهيئات القضائية قد يثير التساؤل عن حقيقة ما يبتغيه المشرع من تنظيمه للهيئات القضائية وهل يجوز فى اطار هذا التنظيم أن تغل يده عن اعادة تعيين أعضاء الهيئات القضائية وهو يملك سلطة التعيين أصلا؟ الأصل أنه لا اجتهاد مع النص ما دام المشرع قد وضع قانون السلطة القضائية وقانون مجلس الدولة وحدد وبين الحالات التى تنتهى بها خدمة القضاة سواء ببلوغ سن المعاش أو لأسباب تأديبية ، كان واجبا على المشرع أن يحترم هذه التشريعات لأنها وضعت تطبيقا للدستور والدستور نص صراحة على عدم القابلية للعزل للقضاة ، فاذا قرر المشرع عزل بعضهم تحت ستار اعادة تشكيل الهيئات القضائية يكون قد خالف الدستور مخالفة صريحة وهنا نود ايضاح نقطتين هامتين فى سبيل ابراز عيب الانحراف وتمييزه عن عيوب القانون الموضوعية ، النقطة الأولى أن مفهوم الفصل مستقى مباشرة من نص المادة ٣ من القرار بقانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ولا يحتاج الأمر الى القول بأن هناك انحراف لأن غرض المشرع هو العزل وانه تخفى تحت ستار العزل باعادة تعيين بعض أعضاء الهيئة القضائية ،

ذلك أن مفهوم العبارة يؤدى الى القول بأن العبارة صريحة فى عزل بعض القضاء ولا حاجة بنا الى إستقراء نية المشرع أو محاولة الوصول اليها ، فقول المشرع يعتبر من لا تشملهم قرارات اعادة التعيين محالين الى المعاش صريح فى الدلالة على العزل .

والنقطة الثانية : أن الانحراف لن يثور الا اذا غم علينا الأمر وثار تساؤل هل يقوم المشرع بتنظيم فعلا للهيئات القضائية أو اعادة تنظيم لها وهو ما يملكه ؟ أم أنه يقصد أمرا لا يتفق وأحكام الدستور ؟

وهنا تبرز أهمية الانحراف والحاجة اليه فقد يستند المشرع الى سلطته فى التنظيم مثلا لعزل بعض القضاة أو التدخل فى شئونهم أو محاولة التأثير عليهم فى اصدارهم للأحكام ، وقد لا يحدث هذا جهرا مثلما حدث فى المثال السابق وانما مثلا قد ينظم القانون تأديب القضاة على أن تختص بذلك لجنة ادارة معينة من الحكومة بما يخل باستقلال القضاة أو أن يجعل للسلطة الادارية الحق فى نقلهم أو تحديد درجاتهم هنا قد يختلط هذا التنظيم بغاية المشرع فى الانتقاص من استقلال القضاء والنيل منه أى أنه فى أية حالة يختلط فيها سلطة التنظيم المقررة للمشرع مع غايته الحقيقية المتمثلة مثلا فى الانتقام من بعض القضاه أو تنحية أعضاء مجلس ادارة النادى كما حدث فعلا وتصبح الغاية هى التى تستطيع على التصرف فتعطيه تكييفها ، فالفارق بين تنظيم الهيئات القضائية فعلا والانتقاص من سلطاتها أو الانتقاص من ضمانات أعضائها لا يبرز الا فى الانحراف ففى المثال السابق اذا انتقلنا الى المذكرة الايضاحية وجدنا أنها تبرر هذا التنظيم بالحاجة الى اعادة تشكيل الهيئات القضائية بعد انشاء المحكمة العليا هنا يتضح زيف هذا الادعاء بما نعرف من سوابق على صدور هذه القرارات

بقوانين والتى سردناها واعتبار الحكومة أن القضاة يتحدونها ، فالغرض الحقيقى من هذه القوانين هى تنحية القضاة الذين نادوا باستقلالهم ودخلوا فى معركة مستترة مع الحكومة هذا الغرض يجعل ادعاء التنظيم لا أساس له من الصحة ، حقا اننا لا نحتاج للوصول الى بحث الانحراف لصراحة الخروج على الدستور ولكن التناقض بين أسباب صدور القانون وفقا للمذكرة الايضاحية وحقيقة هذه الأسباب أبرزت أهمية البحث فى الانحراف فى الحالات التى يغم فيها معرفة قصد المشرع الحقيقى ولا يتيسر دون الاستعانة بالقصد الحقيقى للمشرع ان تكييف القانون وتحديد اتجاهه وهنا يبرز ايضاح آخر اننا عندما انتهينا الى زيف الأسباب الواردة فى المذكرة الايضاحية أو تلك التى يمكن أن يوردها القانون لم تناقش ملائمة هذه الأسباب ، فلم نقل مثلا أن تشكيل محكمة عليا لا يبرر اعادة تشكيل الهيئات القضائية لأننا بذلك نكون قد تدخلنا فى نطاق الملائمة وهو غير نطاق الانحراف ، اننا فقط اثبتنا عدم صحة هذه الأسباب أو كشفنا عن السبب الحقيقى من معرفة غاية المشرع وهنا يتضح الفارق بين البحث فى الانحراف والبحث فى الملائمة .

وأخيرا وقبل أن نختتم هذا الجزء يجب أن نبرز حقيقة أملتها طبيعة هذا السرد السابق ، الا وهى أن العهد الناصرى لم تكن به ثمة حاجة لاصدار تشريعات تتسم بالانحراف ، ذلك أن الخروج العلنى على الدستور أو الخروج المباشر كان من الكثرة بحيث تختفى الحاجة الى الخروج المستتر ، ففى ظل ما سبق وأوضحنه عن طبيعة العلاقة بين القوى السياسية المختلفة وعن النظرة السائدة للقانون وعن وظيفة السلطة التشريعية وتكوينها كل هذا قلل الى حد كبير من أهمية ما يصدر عنها من قوانين ، فالسلطة التنفيذية بما تملكه من سلطة مطلقة فى اصدار القرارات بقوانين ، أما

لغياب البرلمان أو حتى فى وجوده ، بناء على التفويض المقدم منه للسلطة التنفيذية كل ذلك جعل اداة الحكم الرئيسية هي القرارات لا القوانين ، من هنا نستطيع أن ندرك سبب ندرة الانحراف التشريعى فى هذا العهد وفى هذا تتشابه هذه الفترة مع فترة الدستور ١٩٢٣ فى ندرة الانحراف التشريعي ، وان اتحدت بعض الأسباب هنا وهناك ، الا أن هناك أسباب أخرى اختلفت بينهما ، فعلى حين لم تكن القوانين فى كلا العهدين هى اداة الحكم الرئيسية أبان فترة ما قبل الثورة كانت تحمل امكانيات وجود انحراف تشريعي لاستقلالية البرلمان عن السلطة التنفيذية فى تلك الأحوال التى يصل فيها الوفد الى الحكم أما فى العصر الناصرى فلا استقلالية للبرلمان مطلقا إزاء مؤسسة الرئاسة وهذا الوضع كان من الممكن أن يؤدى الى امكانية وجود إنحراف لأن رئيس الدولة يمكنه أن يجعل البرلمان يصدر قوانين هى فى حقيقتها قرارات أو عزها اليه رئيس الدولة ، ولكن هذا الوضع يفترض فى المقام الأول حاجة الرئيس الى صدور هذه القوانين وهو لم يكن متحققا لتمتع الرئيس بامكانية صدور قرارات بقوانين فى فترات واسعة أكبر من فترات انعقاد البرلمان ، فالحاجة الى البرلمان لم تكن ملحة ليصدر قوانين معيبة ، من هنا جاءت ندرة القوانين المعيبة بالانحراف ، أما فى عهد ما قبل الثورة ، فبالرغم من أن اداة الحكم الرئيسية لم تكن هى القوانين الا أن تكوين البرلمان نفسه وهو اما من قوى خارجية على الوفد بينها ائتلاف ووجود مجلس شيوخ يختلف فى تشكيله عن مجلس النواب ، يبرز صعوبة وجود الانحراف وفى حالة وصول الوفد للحكم ، فان القوى المتربصة به لا تجعل له فرصة كبيرة فى مخالفة الدستور لأنه أول من سيضار عن هذه المخالفة لأن سنوات بقاءه فى المعارضة أكثر من تلك التى يبقى فيها بالحكم ، من هنا اختلفت الأسباب واتحدت النتيجة .

الباب الثالث

الإنحراف التشريعي ودستور ١٩٧١

حتى نستطيع أن نتابع ونرى امكانية ونوع الانحراف التشريعي في ظل دستور ١٩٧١ يجب علينا أولا وطبقا لما سبق ورددناه من أن الانحراف التشريعي يتأثر وجوده كثيرا بطبيعة العلاقات بين المؤسسات الدستورية في أي وقت من الأوقات وفي ظل أي من الدساتير ، ذلك أنه يرتبط وجودا وعدما مع وجود أو عدم وجود توازن بين مختلف القوى السياسية الممثلة في البرلمان بأن يسيطر حزب كبير بأغلبيته الضخمة على باقي الأحزاب بحيث يغدو البرلمان مقررا لكافة ما يقرره هذا الحزب ولكن في صورة تشريعية وتكون السلطة التشريعية بالطبع هي نتاج لهذا الحزب الكبير .

هذا الواقع الذي لا يمكن كشفه بمجرد النصوص الدستورية هو الذي يحتم ضرورة دراسة الملامح النظرية والتطبيقية للعلاقات السياسية في المجتمع في ظل أي دستور لنتمكن بعد ذلك من تحديد امكانيات الانحراف ووجوده فعلا أن وجد وعليه سنتناول الانحراف التشريعي في ظل دستور ١٩٧١ في فصلين :

الفصل الأول : الملامح الرئيسية للعلاقات بين المؤسسات الدستورية في دستور ١٩٧١ .

الفصل الثاني : الحالات التي تثير فكرة الانحراف التشريعي .

الفصل الأول

الملامح الرئيسية للعلاقة

بين المؤسسات الدستورية

تحضرنا في هذه المقدمة ما انتهى اليه استاذنا الكبير دكتور عبدالحميد متولي[(١)] ، منذ أكثر من ثلاثين عاما من أن بلدا يقيم دستورا في غير مراعاة لأحوال بيئته الاجتماعية والسياسية ، شأنه في ذلك شأن من أقام من القش مسكنا أو اتخذ من الورق ملبسا ، فاذا تهدم مسكنه أو تمزق ملبسه اتهم الرياح والعواصف ، وكان أولى به ثم أولى أن يتهم نفسه حين أقام مسكنا شأنه ان يتصدع ثم يهوى ثم يبلى أى حين أقام دستورا شأنه أن يغدو مجرد نصوص تتلى . هذا القول من الفقيه الكبير يعكس تماما حياتنا الدستورية منذ صدور دستور ١٩٢٣ وحتى في ظل دستور ١٩٧١ ، ذلك أننا في سبيل اقامة حياة دستورية سليمة كانت الدساتير مجرد نصوص دستورية يسهل تماما على الحكام الخروج عليها وما ذلك إلا لأننا نحاول أن نجعل منها صورة من دساتير أخرى تحكم أمما مختلفة عنا تمام الاختلاف ، من حيث البيئة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، ولقد كان الواقع السياسي في ظل دستور ١٩٢٣ هو الذى أدى الى انهيار الحياة الدستورية لأن الواقع السياسي قد تدخلت فيه قوى أخرى غير منظورة أو في بعض الأحيان متجاوزة حدودها الدستورية ، كالانجليز والملك هي التي ساعدت على انهيار أحكام هذا الدستور ، كما أنه كان من أوائل الدساتير التي جاهدت الأمة للوصول اليها مما يجعل تجربته ناجحة

---

(١) أزمة الانظمة الديمقراطية - د/ عبدالحميد متولي - ١٩٥٤ - ص ١٥٤ .

نظريا ، وفاشلة عمليا ، نظرا لأنه أقام نظاما برلمانيا خالصا فى رأينا اختيار واجب فلم يسع هذا الدستور الى الأخذ من هذا النظام أو ذاك حتى تختلط المسئولية وينهار التوازن بين السلطات وتكون هناك سلطة تحكم ولا تسئل أى أن الاختيار بين جميع الأنظمة الدستورية يجب أن ينتهى الى الأخذ بنظام يرتب مسئولية سياسية مقابل السلطة لا أن ينشئ سلطة دون مسئولية ، هذه العوامل تخفف فى رأينا من الحكم على دستور ١٩٢٣ بأنه حمل معه أسباب انهياره فهو نظريا أقام توازنا الى حد كبير بين السلطة والمسئولية ، فهو من الناحية النظرية يفضل كثيرا من الدساتير التى أتت بعده.

أما دساتير الثورة فانها جميعا حاولت تقنين وضع سياسي موجود فعلا ، فالأصل أن الدستور يوضع ليطبق فيما بعد والى انتهاء العمل به الا أن دساتير الثورة كانت عبارة عن محاولة لأضفاء الشرعية على علاقات غير متوازنة قائمة فعلا فجاءت جميعها مشوهة من الناحية النظرية ، فهى قد تبنت بعض مظاهر النظام الرئاسى وبعض مظاهر النظام البرلمانى وغلبت الأولى على الثانية مما أدى الى انهيار مبدأ السلطة المسؤلة وأصبحت السلطة الأساسية وهى سلطة رئيس الجمهورية سلطة غير مسئولة سياسيا ، وأصبحت جميع المؤسسات متمثلة فى شخص واحد لا واقعيا فقط بل ومن ناحية النصوص أيضا فقد رأينا أنه رئيس الحزب الوحيد الذى يسمح بالترشيح لمجلس الأمة ومن ثم امتزجت السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية.

ودستور ١٩٧١ لم يبرأ مما أصاب دساتير الثورة جميعا من محاولة ايجاد سلطة سياسية ذات امكانيات عظمى فى مجال العلاقات السياسية

من حيث تأثيرها على باقى السلطات ألا وهى سلطة رئيس الجمهورية دون أن يرتب عليها ثمة مسئولية سياسية خاصة وان المسئولية الجنائية هى أمر فى حكم الاستحالة .

وقد يرد على هذا أن نظام دستور ١٩٧١ وبعض أنظمة الثورة الدستورية مأخوذة من النظام الدستورى للجمهورية الخامسة فى فرنسا ودستورها الصادر فى ١٩٥٨ فهناك فى فرنسا سلطات هائلة لرئيس الجمهورية لا تقابلها ثمة مسئولية سياسية حقيقية ولكن من السهل استعارة ما قاله استاذنا الكبير منذ أكثر من ثلاثين عاما ، كيف يتسنى التشبيه فى وضع الدساتير بدولة كبرى متقدمة سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وتكون لديها رأى عام قوى مستنير هو غاية ما تصبو اليه الأنظمة السياسية يمثل قوة سياسية ضاغطة تحد واقعا من سلطات أية قوة أخرى غير مسئولة كرئيس الجمهورية كما أن الأخذين بهذا النظام لم يأخذوا به كله ولكن ببعضه ، فى حين أنه نظام متكامل فهناك مجلسين فى فرنسا ومجلس واحد هنا فى مصر وهناك حق وحرية تكوين الأحزاب ، وعند صدور دستور ١٩٧١ كان الاتحاد الاشتراكى هو التنظيم السياسى الوحيد ، فكيف يتسنى أخذ بعض ما فى النظام دون مراعاة ظروف هذا النظام ككل وقد كان امام واضعى الدستور المبادئ الديمقراطية السائدة فى جميع المجتمعات التمدينة وهى مبادئ لا تخفى على أحد فلما لم يوضع نظام يتفق وظروفنا السياسية والاجتماعية والاقتصادية ويأخذ فى الاعتبار العامل التاريخى المتمثل فى دوام هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية ؟

فالنظام الفرنسى له ظروفه ومجاله كما أنه إن صلح فى فرنسا ، لا يصلح فى غيرها فله اعتبارات تاريخية خاصة بها فهو نظام مختلط رئاسى

برلماني وان كان بعض الفقهاء يعتبرونه رئاسيا صرفا وما مظاهر النظام البرلماني فيه الا ستارا يحجب المسئولية عن رئيس الجمهورية[(١)] .

أما الأخذ ببعض مظاهر النظام البرلماني وبعض مظاهر النظام الرئاسي فواضح الدلالة أنه تقنين أو اضفاء الصفة الدستورية على نظام قائم فعلا وايجاد المبررات لوجود قوى سياسية ذات سلطة كبيرة دون أن يحدها سلطة أخرى أو حتى دون أن ترسم لها ثمة مسئولية ازاء استعمالها للسلطة ولا يحول هذا دون الأخذ مثلا بالنظام الرئاسي بخصائصه المعروفة ، وأهمها الفصل شبه المطلق بين السلطات لاقامة التوازن بينها مع ما فى هذا النظام من اعلاء للسلطة التنفيذية فى الواقع عن السلطة التشريعية ولكن ليس الى حد أن تصبح الأخيرة سلطة نظرية .

وأخيرا ظهر لنا أن سائر دساتير الثورة وضعت بطريقة غير ديمقراطية وانما أعطيت مظهرا ديمقراطيا كاذبا الا وهو الاستفتاء على مشروع دستور وضعته لجنة حكومية عرفنا لماذا كان النظام الدستورى الذى أتت به دساتير الثورة ويشترك معها - دستور ١٩٧١ مهددا لمبدأ السلطة المسئولة فلا يمكن تصور أن من الديمقراطية فى شئ أن يتم الاستفتاء على مشروع دستور وضعته لجنة معينة من قبل الحاكم بل ان الاستفتاء الذى يتم فى هذه الحالة ليس سوى أضافة مظهر كاذب للديمقراطية على نظام حكم هو فى الحقيقة نظام مطلق أو دكتاتورى[(٢)] .

---

(١) انظر كتاب .

(٢) بارتلمى مطوله فى القانون الدستورى ١٩٣٢ ص ١١٢ ، ١١٥ وما بعدها . حيث يصف هذا النظام بأنه كوميديا ، وانظر من نفس هذا الرأى د/ محمد حسين عبدالعال - القانون الدستورى ١٩٨٢ ، وعرضنا لآراء الفقه المصرى الذى يعتبر الاستفتاء الشعبى على مشروع الدستور المقدم من لجنة حكومية وسيلة ديمقراطية (د/ ثروت بدوى ود/ طعيمة الجرف =

وهنا يبرز لنا ما يمكن تسميته باساءة استعمال حق طرح موضوع للاستفتاء الشعبى فهو استخدام الأسلوب ديمقراطى فى غير ما أعد له . ان النظام الصحيح والأقرب للديمقراطية المباشرة أن يضع الدستور لجنة تأسيسية منتخبة لتضع الدستور ثم يقوم الشعب بابداء رأيه بعد ذلك فيه بحيث لا ينفذ الدستور الا بموافقة الشعب عليه[1] ، حينئذ فقط يمكن القول بأن الدستور قد وضع بأسمى الطرق الديمقراطية .

وأخيرا كانت هذه المقدمة ضرورة أملتها طبيعة العلاقات غير المتوازنة فى دستور ١٩٧١ وعجزت عن مسايرة ما طرأ على الحياة السياسية من متغيرات سنبرزها فى المباحث التالية حتى أصبح الدستور يضيق عن الأخذ ببعض الأنظمة التى تطلبتها تحقيق الديمقراطية الحقة ، وسنعرض لذلك فى المباحث التالية .

= ود/ رمزى الشاعر ود/ كامل ليله - المرجع السابق - ص ٦٣ ، وطريقة الجمعية التأسيسية الى تضع مشروعا يستفتى عليه الشعب وضع بها دستور ١٩٤٦ ، فى فرنسا دستور الجمهورية الرابعة، انظر اندريه هوريو - القانون الدستورى ص ٧٣٨ ، وجورج بيردو - مطوله فى العلوم السياسية جـ١ ص ٣٦٤ ، وانظر د/ ماهر راغب - الحلو الاستفتاء الشعبى والشريعة الإسلامية ١٩٨٣ ص ١٨٥ .

(١) انظر تبرير للدكتور محمد عبدالحميد أبوزيد فى مؤلفه - مبادئ القانون الدستورى - دراسة مقارنة ١٩٨٥ - دار النهضة العربية ، حيث يذهب الى تفضيل مع الدستور عن طريق لجنة حكومية ثم طرحه للاستفتاء على أن يتم مناقشة حرة عن طريق وسائل الاعلام ، وذلك نظرا لتخلف الوعى والادراك الكافى للشعوب النامية حيث أن أسلوب الجمعية التأسيسية التى تضع مشروع الدستور ثم تستفتى عليه الشعب لا يتفق الا والبلاد المتقدمة وهذا القول هو قول يتنافى مع ما يحتاجه الشعب قليل الوعى والادراك من حماية أزاء حكامه ، حيث أن انتخابه لمن يضعوا له صورا أكثر أماننا من أن يضع هذا الدستور الحاكم ويمليه على شعبه بفرض تخلفه فى الادراك والوعى ويكون الاستفتاء ، عندئذ مجرد اضفاء مظهر كاذب على نظام دكتاتورى ، فالشعوب المتخلفة أجدر بالحماية الدستورية من الشعوب المتقدمة ووضع دستور عن طريق جمعية منتخبة كفيل الى حد كبير بوضع دستور يقيم توازنه بين السلطات واستفتاء الشعب على هذا الدستور يحقق الى حد بعيد نظام دستورى سليم .

المبحث الأول

عدم التوازن بين سلطات

رئيس الجمهورية ومسئوليته السياسية

ليس من الممكن أن نبحث باستفاضة فى خصوص هذه الرسالة أو هذا الجزء منها على وجه الخصوص سلطات رئيس الجمهورية وفقا لدستور ١٩٧١[1]، ولكن الغرض هنا هو ابراز النصوص الدستورية التى أضفت على رئيس الجمهورية قوة بالنسبة لوضع باقى سلطات الدولة ، فدستور ١٩٧١ قد تضمن عديدا من النصوص التى تحدد سلطات رئيس الجمهورية منها جواز تعيين عدد من الأعضاء فى مجلس الشعب لا يزيد على عشرة (مادة ٨٧ فقرة أخيرة) ودعوة مجلس الشعب للانعقاد (مادة ١٠١) ، وجواز تعيين نائب أو أكثر لرئيس الجمهورية واعفائهم من مناصبهم (مادة ١٣٩ من الدستور) وتعيين الممثلين السياسيين وعزلهم واعتماد ممثلى الدول الأجنبية السياسيين (مادة ١٤٣ من الدستور) وحق العفو (مادة ١٤٩ من الدستور) واعلان الحرب (مادة ١٥٠) وابرام المعاهدات (مادة ١٥١) بالاضافة الى حق اقتراح القوانين (مادة ١٠٩ ، ١٥٦) وحق الاعتراض عليها (مادة ١١٣) وحق اصدار القوانين (مادة ١١٢) وانشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها (مادة ٤٦ من الدستور) وتعيين الموظفين والعسكريين وعزلهم (مادة ١٤٣) واصدار اللوائح التنفيذية (مادة ١٤٤ من الدستور) واصدار لوائح الضبط (مادة ١٤٥

---

(١) انظر مقال د/ سعاد الشرقاوى - بالفرنسية فى مجلة القانون والاقتصاد ، مارس ويونيو ١٩٧٥ ، مقارنة بين سلطات الرئيس فى دستور جمهورية مصر العربية والدساتير الغربية .

من الدستور) واصدار اللوائح (مادة ١٤٦ من الدستور) ووضع السياسة العامة للدولة بالاشتراك مع مجلس الوزراء (مادة ١٣٨ من الدستور) .

ولقد أعطى لرئيس الجمهورية سلطة اعلان حالة الطوارئ وسلطة رئيس الجمهورية فى حالة الطوارئ سبق وأوضحنا مدى اتساعها واذا أضفنا الى ذلك أن القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بضمان حريات المواطنين جعل سلطات رئيس الجمهورية التى كانت على سبيل الحصر وفقا لأحكام القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ جعلها على سبيل المثال مما يعني جواز اتخاذ تدابير غير منصوص عليها فى القانون ذاته كما أجاز لرئيس الجمهورية توسيع دائرة الحقوق التى لرئيس الجمهورية على أن يعرض هذا التوسيع على مجلس الشعب ، وهو الأمر الذى يثير غرابة اذا عرفنا ان هذا التوسع فى سلطات رئيس الجمهورية جاء فى قانون ضمان حريات المواطنين[1] ، فاذا علمنا أن حالة الطوارئ لم ينتهى العمل بها في مصر منذ اعلانها عام ١٩٦٧ الى فى ١٤ مايو سنة ١٩٨٠ بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٠[2] علمنا مدى السلطة التى يتمتع بها رئيس الجمهورية خلال هذه الفترة وهى السلطة المستمدة من قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وتعديلاته كما أن انتهاء حالة الطوارئ لم يستمر طويلا حيث أعلنت حالة الطوارئ مرة أخرى بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٠ لنسة ١٩٨١ أى أن رئيس الجمهورية يتمتع خلال سريان حالة الطوارئ بسلطات كبيرة واسعة ولم تكن عليه ثمة رقابة جادة طوال هذه الفترة فى

---

(١) د/ حقى اسماعيل بربونى : رسالة الرقابة على السلطة القائمة على حالة الطوارئ - دراسة مقارنة سنة ١٩٨١ ص ٨٧ .

(٢) الجريدة الرسمية رقم ٢١ فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٠ .

استعماله لهذه السلطة ومنذ ذلك الوقت يمتد العمل بهذا القانون دون وجود مبررات مقنعة لذلك[1].

ولكن سلطة رئيس الجمهورية المستندة الى حالة الطوارئ وان كانت واسعة الا أنها ليست بالجديدة على الواقع السياسى المصرى الا أن الجديد هو ما نص عليه الدستور فى المادة ٧٤ منه من سلطات استثنائية لرئيس الجمهورية ومن ناحية أخرى الخروج على مقتضى النصوص الدستورية فى خصوص الجمع بين رئاسة الجمهورية ورئاسة الحكومة وهو ما سنعرض له . .

---

(١) انظر مناقشات قوانين الطوارئ فى مضبطة مجلس الشعب الجلسة الثالثة دور الانعقاد العادى الرابع ٣ أكتوبر سنة ١٩٨٢ ، بخصوص القرار الجمهورى رقم ٤٨٠ لسنة ١٩٨٢ ، ومضبطة الجلسة الثالثة فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٨٣ ، والمناقشة على القرار الجمهورى رقم ٣٨٧ لسنة ١٩٨٣ ، بمد حالة الطوارئ وانظر صورية الأسباب لمد العمل بها وهو ما حدث فعلا بعد ذلك من مد حالة الطوارئ لمدة سنة ونصف بعد أن كانت سنة فقط ، ثم مدها عام ١٩٨٦ لمدة سنتين .

الفرع الأول

المادة ٧٤ والسلطات

الواسعة لرئيس الجمهورية

تنص المادة ٧٤ من الدستور على أنه لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحد الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر ويوجه بيانا الى الشعب ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

وتعد المادة ١٦ من دستور ١٩٥٨ فى فرنسا هى الأصل التاريخى لهذه المادة[١] ، وهذه المادة تنص على أنه عندما تكون المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها مهددة بخطر جسيم وحال وعندما يعاق السير العادى للسلطات الدستورية العامة فان رئيس الجمهورية يتخذ الاجراءات التى تقتضيها هذه الظروف بعد المشاورة الرسمية مع رئيس مجلس الوزراء ورئيس المجلسين والمجلس الدستورى ويوجه بها بيانا الى الشعب وهذه الاجراءات يجب ان تحركها الرغبة فى تمكين السلطات الدستورية العامة فى أقصر وقت ممكن من مباشرة مهما

---

(١) د/ يحى الجمل : نظرية الضرورة – المرجع السابق – ص ١٨٨ ، وانظر عرضا لتنظيم حالة الضرورة دستوريا فى فرنسا فى مقاله :

Jeon lamorque la theie de la necissite et l'article 16 de la constitution de 1058 R. D. P. 1961 p 595.

– ومؤلف ديجى المطول فى القانون الدستورى جـ٣ ص ٧٤٨ .

– وانظر رسالة د/ سمير على عبدالقادر – جامعة عين شمس – السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية سنة ١٩٨٣ .

ويستشار المجلس الدستورى بخصوص هذه الاجراءات ويجتمع البرلمان بقوة القانون ولا يمكن حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية[1] وبالرغم من الخلاف بين المادتين ٧٤ ، ١٦ فى الصياغة وفى مدى الضمانات التى تحيط استعمال رئيس الجمهورية لسلطاته المستمدة من المادة ١٦ أكثر من تلك الموجودة فى المادة ٧٤ فان السوابق التاريخية وأحوال استعمال هذه المادة فى فرنسا وآراء الفقهاء فيها ورقابة القضاء لها تشكل معينا ضخما لدى التعليق على التطبيق هذه المادة الا أن المادة ٧٤ من الدستور المصرى يجب أن تفسر وتطبق وفقا للدستور ذاته ككل وهى وان كانت تعطى لرئيس الجمهورية سلطات واسعة تصل الى حد امكانية ايقاف العمل ببعض نصوص الدستور[2]، الا أن اختلاف مضمون كلا من دستور ١٩٥٨ فى فرنسا ودستور ١٩٧١ فى مصر يجب أن يعطيها حدودا أخرى .

واذا استعرضنا شروط استعمال المادة ٧٤ فى الدستور المصرى نجد أنها تشمل شروطا موضوعية وشروطا شكلية فأما الشروط الموضوعية فهى أن يكون هناك خطر ويجب أن يكون هذا الخطر جسيما وحالا وفقا لتفسير النص بأصله التاريخى أو وفقا لمدلول الخطر لغويا ، من أنه يجب أن يكون حالا أو وفقا لنظرية الضرورة ذاتها التى تتطلب بصفة عامة وجود

---

(١) د/ يحى الجمل : المرجع السابق - ص ١٢٢ .

(٢) انظر الآنسة كامى : حالة الضرورة والديمقراطية - باريس ١٩٦٥ ص ٣٩٢ ، حيث انتهت الى وجوب عدم وضع قيود على ارادة الدستور فى ايقاف بعض النصوص دون الآخر ، انظر رسالة ميتيل لوازيه .

المادة ١٦ من دستور ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ ص ١٢ ، حيث استبعدت بعض المواد من نطاق الايقاف وانظر مقاله (دوفرجيه فى لموند) حدود المادة ١٦ فى ٥ مايو سنة ١٩٦١ .

خطر جسيم وحالة تبيح لرئيس الدولة التغاضى عن القواعد العادية للمشروعية[١]، وتبرر هذه الصفات للخطر ، ظروف العمل بهذه المادة ، أى تهديد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى وترتيبا على هذا المنطق يجب اللجوء الى هذه الوسيلة الوحيدة الممكنة لدرء المخاطر[٢]، أى أن الشروط الموضوعية هى أن يكون هناك خطرا يهدد الوحدة الوطنية ووفقا لنظرية الضرورة التى تعتبر هذه المادة أحد تطبيقاتها ، فيجب أن يكون اللجوء الى استعمال هذه المادة هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لدرء المخاطر[٣]، وتتمثل الشروط الشكلية فى توجيه بيان الى الشعب والاستفتاء على ما اتخذه من اجراءات .

والناظر الى هذه المادة يجد الموضوعات التى تجيز لرئيس الجمهورية استعمال هذه المادة ليست منضبطة ولا محددة بصورة قاطعة كما أن عبارة الاجراءات التى يجوز لرئيس الجمهورية أن يقوم بها هى الأخرى غير محددة ومن هنا تبدو خطورة هذه المادة خاصة وأن رئيس الجمهورية هو الذى يقدر قيام دواعى استعمال هذه المادة كما أن القضاء فى فرنسا انتهى الى جواز اصدار الاجراءات ذات طابع تشريعى عند استعماله لهذه المادة[٤].

---

(١) د/ يحى الجمل : المرجع السابق -- ص ١٩٠ ، د/ أحمد مدحت على - الظروف الاستثنائية ص ٢٣٠ ، د/ سمير على عبدالقادر - السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة - المرجع السابق - ص٦٣.

(٢) د/ يحى الجمل : المرجع السابق - ص ١٩٠ .

(٣) انظر د/ يحى الجمل : ص١٩٤ ومناقشة لمدى أثر حذف وصف الحال عن الخطر وان هذا الوصف واردة الاعمال التحضيرية ثم حذف بعد ذلك .

(٤) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى منشور فى :

R. D. P 1962 p 294 .

ولكن ما هي حدود الرقابة على الاجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية عند تطبيقه للمادة ٧٤ من الدستور المصري ؟

ان هذه المادة قد طبقت عمليا في مرتين ، الأولى عقب أحداث ١٨ ، ١٩ يناير ١٩٧٧ ، حيث أصدر رئيس الجمهورية استنادا الى سلطته المستمدة من المادة ٧٣ ، ٧٤ القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧[١]، متضمنا الاجراءات التي رأى انها كفيلة لدرء الخطر الناجم عن احداث يومي ١٨ ، ١٩ يناير ١٩٧٧ وتضمنت هذه الاجراءات مادة (١) حرية تكوين الأحزاب مكفولة وفقا لما ينص عليه القانون الخاص بانشاء الاحزاب حال صدوره من السلطة المختصة (٢) التنظيمات السرية أو التنظيمات المعادية لنظام الحكم أو ذات الطابع العسكرى محظورة مادة (٣) عقاب من يعتدى علي الملكية بجميع أنواعها بالأشغال الشاقة المؤبدة (٤) اداء الضرائب والتكاليف العامة واجب وفقا للقانون وترفع الضريبة كلية عن الفلاحين الذين يملكون ثلاثة أفدنة فأقل ، وعلى الدخول التي لا يتعدى خمسمائة جنيها في السنة ، كما تضمنت باقي المواد توقيع عقوبات على من شاركوا في التجمهر أو الاعتصام الذى من شأنه أن يعرض السلم العام للخطر . والتساؤل المثار بخصوص استعمال رئيس الجمهورية لسلطاته وفقا للمادة ٧٤ هو جواز أو عدم جواز اصداره ، لقرارات بقوانين وعن مدى سلطته ازاء توافر أو عدم توافر موجبات تطبيق المادة ٧٤ .

لرئيس الجمهورية وفقا لرأى بعض الفقهاء لا يملك اصدار قرارات بقوانين لأن اصطلاح « اجراءات » الموجودة بالمادة ٧٤ مغاير للقرارات

(١) الجريدة الرسمية في ٥ تابع الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٧٧ .

بقانون المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ ، ١٨٤ من الدستور وأن الأصل أن سن القوانين ولاية محتجزة للسلطة التشريعية وانها لا تثبت للسلطة التنفيذية الا استثناء وبنص خاص ، فاذا لم يوجد نص يكون من المتعين القول بعدم وجود هذه السلطة(١) ، كما أن مدلول لفظ اجراءات أنه تصرف قانونى أو مادى ، ليست له صفة الدوام والنص فى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى على كلمة الاجراءات مقرون بضرورة ان تستهدف ضمان قيام السلطات العامة « الدستورية » بمهمتها ، يجعلها اجراءات لا تتصف بالدوام ولا يجوز من ثم أن يصدر الرئيس قرارات لها صفة تشريعية(٢) ، فالأصل أن هذه الاجراءات يتخذها رئيس الجمهورية لمواجهة حالة استثنائية طارئة ، ولا يعقل أن يتم معالجة حالة طارئة باجراء تشريعى دائم ، ان مدلول الاجراءات دون تقييدها بوجوب ان تسعى هذه الاجراءات إلى إعادة السير الطبيعى لمؤسسات الدولة وفقا لنص المادة ١٦ فى فرنسا يجعل رئيس الجمهورية من امكانياته اصدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية(٣) ، ومن هنا يظهر مدى قصد تشويه نص المادة ١٦ من دستور فرنسا فالأخذ بها لم يأخذ بما تضمنته من اجراءات أو ضمانات أو حتى من مدلولها اللفظى ليجعل هذه الاجراءات لازمة فقط لضمان سير المؤسسات الدستورية لتصبح قيدا واضحا وصريحا على سلطات رئيس الجمهورية بل قصد أن تكون هذه المادة ميسرة حتى يتسنى تطويع جميع الاجراءات التى يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذها تحت مدلول ومقتضى هذه المادة والناظر لما دفع رئيس الجمهورية الى اصدار القرارات بقانون رقم ٢

---

(١) د/ سعد عصفور : النظام الدستورى المصرى – دستور ١٩٧١ ص ١٠٠ .

(٢) د/ ماجد راغب الحلو : الاستفتاء الشعبى والشريعة الإسلامية ١٩٨٣ ص ٢٢٦ .

(٣) د/ سمير على عبدالقادر : المرجع السابق – ص ٦١٠ .

لسنة ١٩٧٧ يجد أن أيا من شروط تطبيق هذه المادة لم يكن موجودا وقت صدور هذا القرار بقانون ، فالاحداث وقعت فى يناير وبعد مضى عشرة أيام على انتهائها أصدر الرئيس هذا القرار بقانون ، أى أنه فى تاريخ صدور هذا القرار بقانون لم يكن هناك ثمة خطر يهدد مؤسسات الدولة بل كان الخطر قد زال أو اذا كان هناك خطر من وجهة نظر رئيس الجمهورية كانت اجراءات الطوارئ المعلنة فعلا كفيلة بالقضاء عليه وفقا لسلطات رئيس الجمهورية الواسعة فى حالة اعلان الطوارئ كما أن هذا القرار بقانون قد تضمن اجراءات من شأنها تحقيق تكافل اجتماعى أى أنه عمل على اتخاذ اجراءات مستقبلة لمنع وقوع هذه الاحداث مستقبلا وهو ما كان يمكن اللجوء فيه الى قانون يصدر من مجلس الشعب[1] ، على وجه السرعة مثلا ، والا فما هى قيمة السماح بانشاء الاحزاب السياسية أو اعفاء الفلاحين من الضرائب لمواجهة أحداث شغب انتهت فعلا ؟ وكما أن هذه الأحداث قامت للمطالبة مثلا بانشاء الاحزاب أو اعفاء الفلاحين من الضرائب وهو ما لم يقل به أحد كما أن تشديد العقوبات على جرائم معينة هو أمر لا يفيد فى حالة وجود خطر دائم بل هو العمل على منع وقوع مثل هذه الاضطرابات مستقبلا وليس من أجل هذا شرعت المادة ٧٤ .

والواقع أننا اذا كنا نؤيد أن المادة ٧٤ تعطى لرئيس الجمهورية حق اصدار قرارات بقانون فى غير الحالات المنصوص عليها فى المادة ١٠٧ ، ١٤٨ من الدستور وذلك نظرا لقصور عبارة الاجراءات عن نظيرتها

---

(١) من هذا الرأى د/ حنون الساعدى - الوظيفة التنفيذية لرئيس الدولة فى النظام الرئاسى ص٣٤١ ، د/ عمر حلمى - المؤلف السابق - ص ٤١١ ، حيث ينتهى الى عدم وجود مبررات لاستعمال هذه المادة .

الفرنسية من ناحية ومن ناحية أخرى قد يكون هناك من الاخطار ما يعوق مجلس الشعب من القيام بمهامه إلا أن هذه القرارات بقوانين تبقى كذلك دون أن تعتبر بعد الاستفتاء عليها بمثابة قوانين فعلا أى أنها لا تزال قرارات ادارية تخضع لرقابة القضاء الاداري ما دامت لم تعرض على مجلس الشعب ، وتصبح لها صفة القانون فاذا عرضت ووافق عليها المجلس تحقق لها صفة القانون وجاز الطعن فيها بعدم الدستوريه لمخالفتها لشروط المادة ٧٤ التى صدرت على أساسها أى يجب التحقق من توافر شروط اصدارها مثلها مثل القرارات بقوانين التى لا يطهرها لما بها من عيوب موافقة مجلس الشعب عليها كذلك لا ترقى هذه القرارات بقوانين الى مرتبة القوانين حتى بعد موافقة الشعب عليها فى الاستفتاء ، فالاستفتاء اجراء شكلى يترتب على تخلفه انهيار اساس اعمال المادة ٧٤ ولكن ليس من مقتضى الاستفتاء الشعبى أن يرتفع بهذه القرارات بقوانين الى مرتبة القوانين ، مهما قيل عن الرجوع الى الشعب صاحب السيادة أو غير ذلك من العبارات غير الصحيحة التى تتخذ أساسا لهدم الدستور ذاته، فالرجوع الى الشعب يتم وفقا للدستور ولا يجوز الخروج على إحكامه بدعوى ارادة الشعب فهذه الارادة لها اطارها التي تمارس السلطات من خلاله وهو الدستور وبهذا الخضوع للرقابة القضائية سواء رقابة المشروعية أو الدستورية يمكن ايجاد ضمانات فعالة تحد من سلطات رئيس الجمهورية ازاء استخدام هذه المادة وقد استعمل رئيس الجمهورية هذه المادة مرة أخرى عام ١٩٨١ حيث أصدر رئيس الجمهورية عددا من القرارات الادارية تضمنت نقل بعض العاملين فى المؤسسات الصحفية القومية واتحاد الاذاعة والتليفزيون الى جهات أخرى ، وكذلك القرار رقم ٤٩١ بالغاء قرار رئيس

الجمهورية رقم ٢٧٨٢ لسنة ١٩٧١ بشأن تعيين الأنبا شنودة بطريركا للكرازة المرقسية وتشكيل لجنة للقيام بمهام البابوية والقرار رقم ٤٩٤ بالغاء ترخيص بعض الصحف والمجلات والمطبوعات وأخيرا تضمن القرار رقم ٤٩٥ التحفظ على أموال بعض الجمعيات التى تم حلها وقد أعلن رئيس الجمهورية أن سبب اتخاذ هذه الاجراءات هى وقائع الفتنة الطائفية التى وقعت فى هذا العام[١] وعندما طعن فى هذه القرارات أمام محكمة القضاء الادارى انتهت المحكمة الى رفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر هذه القرارات واختصاصها بنظرها كما قضت بأن المصلحة فى الطعن على هذه القرارات ، تتوافر لكل المواطنين حتى ولو لم يكن لبعضهم مصلحة فى ذلك لأن الحرية الشخصية فى مجتمع حر لا تقبل التجزئة لأن الاعتداء على حرية مواطن هو فى ذات الوقت اعتداء على حرية باقى المواطنين كما ذهبت المحكمة الى أن الضرورة كسبب للقرار الادارى لا تقوم الا بتوافر ثلاثة أركان : (١) أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ بتهديد النظام والأمن. (٢) أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر . (٣) أن يكون القرار لازما حتما ، فلا يزيد على ما تقضى به الضرورة وأشارت المحكمة إلى أن استناد رئيس الجمهورية أمام مجلس الشعب والشورى الى احداث الزاوية الحمراء فى ١٢ ، ١٩٨١/٦/١٧ لا يجعل منها خطرا جسيما مفاجئا بل هى أمور مضت عليها فترة ليست بالقصيرة ، فالقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية صدرت فى وقت لم تكن فيه الأمور تستلزم صدورها حتى ولو كان رئيس الجمهورية توقى وقوع أحداث

---

(١) انظر خطاب الرئيس فى جريدة الاهرام - ٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ .

خطيرة وجسيمة فى المستقبل فاتخاذ القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال أو خطر قد يحدث فى المستقبل وهذه القرارات ليست الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر ، وكان يكفى لدفعها الالتجاء الى القواعد القانونية القائمة المقررة « للظروف العادية » وذهبت المحكمة الى أن حالة الضرورة التى استند اليها رئيس الجمهورية فى اصداره القرارات المطعون فيها غير قائمة وقت اصدار هذه القرارات فهذه القرارات غير قائمة على السبب الذى استندت اليه وانتهت المحكمة الى أنه عند حمل هذه القرارات المطعون فيها على أسباب صحيحة وجدت المحكمة أن هذه القرارات تخالف عدة مواد من الدستور ، ولذلك انتهت الى وقف تنفيذ هذه القرارات(١).

وقد انتقد بعض الفقهاء(٢) هذا القضاء على أساس أنه ومهما كانت الدوافع النبيلة التي حدت بالمحكمة الى اصدارها هذه ، إلا أن هذه الأحكام لا تتفق مع ما يمليه المنطق القانونى السليم فى شأن تكييف الطبيعة القانونية لقرار رئيس الجمهورية بتطبيق المادة ٧٤ من الدستور فهذا القرار يعد عملا من أعمال السيادة ولذلك يخرج من اختصاص القضاء عموما فلا يجوز للقضاء الادارى أن يبسط رقابته على التحقق من سلامة وتقدير رئيس الجمهورية لقيام الظروف الواقعية التى تجيز له الاستناد الى الصلاحيات المخولة له بموجب المادة ٧٤ من الدستور ومجلس الدولة الفرنسى أضفى على قرارات رئيس الجمهورية استنادا الى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى صفة أعمال السيادة ، وهذا القضاء يحرر المادة ٧٤ من

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى - جلسة ١٩٨٢/٢/١١ فى الدعوى رقم ٣١٢٣ لسنة ٣٥ .

(٢) د/ محمد حسين عبدالعال : رقابة مجلس الدولة لقرارات الضبط الادارى - دار النهضة العربية - ص ٧٨ .

الدستور من أية دلالة قانونية ويتعارض مع الفاظ النص وروحه وانتهى الى أن اضفاء صفة أعمال السيادة لا تكون الا للقرار الأصلي باللجوء الى تطبيق هذه المادة[١].

والواقع أنه لصحة الحكم على ما انتهت اليه محكمة القضاء الادارى في خصوص استعمال رئيس الجمهورية للمادة ٧٤ فانه يجب فى رأينا أن تستأنس فقط بما ينتهى اليه مجلس الدولة الفرنسى فى خصوص المادة ١٦ مع الاستفادة من قضائه في هذا الخصوص لتشابه المادتين ، الا أننا يجب أن نبتعد عن اتباع ما يقضى به مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ليس فقط لاختلاف نصوص المادتين ١٦ ، ٧٤ وعدم توافر الضمانات الموجودة فى الأولى عن نص المادة ٧٤ ولكن لأسباب أخرى أهمها أن المادة ١٦ فى فرنسا وضعت فى ظل دستور يتضمن مؤسسات مختلفة عن تلك الموجودة بالدستور المصرى فهناك في فرنسا نظام المجلسين وفى مصر نظام مجلس واحد وكذلك هناك مجلس دستورى يفحص دستورية مشروعات القوانين وهنا فى مصر محكمة دستورية عليا تفحص دستورية القوانين وهناك أخيرا فى فرنسا أصبح البرلمان مختصا بمسائل معينة على سبيل الحصر وفقا لنص المادة ٤ من دستور ١٩٥٨ عكس الوضع فى دستور ١٩٧١ حيث تملك السلطة التشريعية ، التشريع فى كافة المجالات الا ما استثنى بنص خاص ، كما أن هناك لرئيس الجمهورية سلطة الاستفتاء التشريعي دون أن يكون البرلمان صاحب الكلمة النهائية فى التشريع وفقا لنص المادة ١١ ، كل هذه الاختلافات الجوهرية تجعل مركز رئيس الجمهورية فى فرنسا ووفقا لدستور الجمهورية الخامسة قوة عظمى ازاء

(١) د/ محمد حسين عبدالعال : المرجع السابق - ص ٨٢ .

سائر المؤسسات الدستورية ومن هنا كانت نصوص الدستور تتساند فيما بينها لتعطى رئيس الجمهورية سلطات كبيرة غير مألوفة فى النظم البرلمانية بل انها تقوى من سلطات الرئيس فى النظم الرئاسية حيث أن فى الأخيرة لا علاقة له بالبرلمان وليس له حق اقتراح القوانين ولكن يفترق عن النظم البرلمانية فى أنه غير مسئول سياسيا وعن النظام الرئاسى فى قدرته على مد سلطانه الى البرلمان ، فالنظام الفرنسى للجمهورية الخامسة أعطى لرئيس الجمهورية مالا تعطيه اياه النظم الرئاسية والبرلمانية وجعله فى نفس الوقت غير مسئول سياسيا وجاءت نصوص الدستور كلها تأكيدا لهذا الاتجاه وبهذا أصبحت القوة الوحيدة التى يمكن أن تتصدى للرئيس هى قوة الرأى العام وهى الأصل فى النظم الديمقراطية وتستطيع أن تجعل مهمة الرئيس شبه مستحيلة اذا لم تكن له أغلبية مؤثرة فى البرلمان ووجود هذه القوة فى فرنسا ورغم ما يعتور دستورها الخامس من عيوب تتنافس مع القاعدة الخاصة بارتباط السلطة بالمسئولية ، إلا أن الاستناد الى قوة الرأى العام هذه تكفى لالزام الرئيس بحدود ذاتية فى تعامله السياسى مع سائر المؤسسات السياسية ، اما فى مصر وان كان مركز الرئيس مساو لنظيره الفرنسى ، إلا أن المؤسسات السياسية الأخرى ليست على نفس القوة - نظريا - من نظيرتها الفرنسية فالبرلمان له اختصاص شامل أصيل بالتشريع وهناك المحكمة الدستورية العليا التى تراقب دستورية القوانين واللوائح وأخيرا هناك الدستور مجلس الدولة كهيئة قضائية مستقلة وهو ما يجعله مختلفا من الناحية النظرية مع نظيره الفرنسى .

ولهذا عند تفسير نص فى الدستور يجب أن تتساند النصوص كلها لتبرز هذا التفسير ، فاذا وافقنا تجاوزا على اعطاء رئيس الجمهورية سلطة

اصدار قرارات بقانون استنادا لهذه المادة ، فاننا لو جبنا أن يعرض هذا القرار بقانون على مجلس الشعب للموافقة عليه والا بقى كما هو قرارا اداريا يجوز الطعن فيه ولا يحصنه الاستفتاء الشعبى من هذه الامكانية ، واذا فحصنا نص المادة ٧٤ وجدنا أن هذا النص يجيز لرئيس الجمهورية اتخاذ ما يعن له من اجراءات ولكن على أن تكون هذه الاجراءات تتوافر فيها الشروط التى تطلبتها هذه المادة ، فسلطة رئيس الجمهورية مقيدة فى هذا بوجود خطر يهدد مؤسسات الدولة أو الوحدة الوطنية . فالخطر الجسيم شرط لاستعمال رئيس الجمهورية لسلطته هذه اذا لم تتوافر لم يكن له أن يستعملها ومن هنا كان قول الفقيه بأن صفة أعمال السيادة لا تثبت الا لقرار العمل بالمادة ٧٤ دون سائر القرارات يعنى أنه لن يتسنى وجود رقابة حقيقية على أى من القرارات التى اتخذت استنادا لهذه المادة لأنها جميعا اتخذت بافتراض توافر شروط تطبيقها ورئيس الجمهورية - وفقا لرأى الفقيه - صاحب الرأى النهائى فى وزن مقتضى هذه الظروف ، فكيف يتسنى رقابة قراراته الأخرى التى تمت وفقا لهذه المادة ؟

ان الدستور وضع شروطا لاستعمال هذه المادة وجهات القضاء المختلفة عند بحثها للاجراءات المتخذة ملتزمة بتطبيق هذه الشروط فاذا اتخذ رئيس الجمهورية قرارات ادارية كما حدث فى القرارات الصادرة بنقل بعض الأشخاص أو اعتقالهم كان القاضى الادارى مختصا بفحص هذه القرارات وتطبيق مقتضى نص المادة من وجود خطر يهدد الوحدة الوطنية يبرر هذه الاجراءات ، واذا أصدر رئيس الجمهورية قرارا بقانون ولم يعرضه على البرلمان ظلت له هذه الصفة ويحث القضاء الادارى فى مشروعيته أو المحكمة الدستورية العليا فى دستوريته وفى بحثهما يتأكدا قبل كل شئ

من استناد سبب اصدار هذا القرار بقانون لأسباب تتفق مع ما جاء بالدستور ، فالمادة ٧٤ ، نص الدستور على ضوابط لاستعمالها اذا توافرت اصبحت جميع قرارات رئيس الجمهورية الصادرة طبقا لها ذات أساس دستورى صحيح ، أما اذا لم تتوافر بكل أساس هذه الاجراءات وكان القضاء برقابته هو الذى يتأكد من صحة هذا الأساس وفى القرارات المطعون عليها السابقة اذا انتهت المحكمة الى أن القرار باستعمال هذه المادة هو من أعمال السيادة فان قرارات النقل والاعتقال لن يكون هناك مجال لرقابتها فكيف يتسنى رقابة مشروعية هذه القرارات الادارية ؟

ان المحكمة لم تراقب الا القرار الداخل فى اختصاصها فهذه قرارات ادارية ولكن صدرت استنادا الى المادة ٧٤ فوجب فحص مشروعية سببها أما اذا كان القرار أصلا لا تختص به المحكمة لأنه يتصل بالعلاقة بين السلطات كحل مجلس الشعب ، فلن تختص المحكمة بنظر الطعن فيه وكذلك اذا اصدر الرئيس قرارا بقانون يصبح هذا القرار بقانون محلا للفحص ، وبفحص المحكمة الدستورية العليا مدى دستوريته وأول ما تفعله هو التأكد من أنه صدر بناء على الشروط الصحيحة لهذه المادة ، وجود خطر يهدد مؤسسات الدولة ، لأنه كقرار بقانون صدر على غير الأوضاع التى نص عليها الدستور لصدور القرارات بقوانين ، فمكنة رئيس الجمهورية أنه يأتى بإجراء يخرج به عن القواعد الدستورية المحددة لاختصاصه.

فمحكمة القضاء الادارى أو المحكمة الدستورية العليا تراقب سلطة مقيدة لرئيس الجمهورية وضع الدستور شروطا لاستعماله اياها ومن هنا كان

تعرض محكمة القضاء الاداري لهذه القرارات يدخل في صميم اختصاصها. ويعتبر امتدادا لدورها في حماية الحقوق والحريات خاصة باستعمال سلطة استثنائية أو في أوقات استثنائية بالتشديد في تطبيق مقتضى النصوص ومحاولة وضع هذه السلطات أو الظروف الاستثنائية في أوسع مجال لرقابته[١].

وننتهي هنا الى أن الدستور أضاف بهذه المادة سلطات هائلة لرئيس الجمهورية دغت بعض الفقهاء الى رجاء الا تستعمل هذه المادة وهو أول مرة نرى فيها من يتمنى لنص دستوري ألا يطبق[٢]، وما ذلك الا لخطورة ما تضفيه على سلطات رئيس الجمهورية ، فاذا أضفنا الى ذلك سلطاته الواسعة وفقا لقانون الطوارئ وسلطاته المستمدة من امكانية اصداره لقرارات بقوانين سواء في غياب مجلس الشعب أو بتفويض منه وكذلك تعيينه لرئيس الوزراء ، كان مركزه بالنسبة للمؤسسات الدستورية الأخرى مركز الأعلى مرتبة ، بحيث تتضاءل هذه المؤسسات نظريا أمام سلطاته ولكنها عمليا تصبح في مركز الخاضع له وهو ما سنبرزه فيما بعد ويذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه المادة ليست بدعا في النظام الدستوري المصري بل مأخوذة من نصوص موجودة في أعرق البلاد الديمقراطية في هذا الشأن

---

(١) انظر :

Nizard la jurisprudence adminst rative de cironstance expetionnelle et la legalité Paris 1962 p 92.

وانظر :

Michel Dran le contrale juridicitonnel et la garantie des libertés publique 1968 Paris p 131.

(٢) د/ يحي الجمل : المرجع السابق – ص ٢٢٤ ، د/ عصمت سيف الدولة – الاستبداد الديمقراطي ص١٣٠ .

بل أن بها ضمانات هامة جدا هى ضمانة الاستفتاء الشعبى على ما يتخذه رئيس الجمهورية من اجراءات[١].

والرد على ذلك بأنه من أجل أن هذه المادة موجودة فى دساتير دول عريقة فى الديمقراطية لم يكن من الصحيح نقلها لدول حديثة العهد بها ، فهناك فى هذه الدول قوى سياسية مؤثرة ولكن غير ظاهرة فى دساتيرها هى قوة الرأى العام أما عندنا فهذه القوة لا أثر لها ولم يتم نضجها فما يصلح للدول العريقة فى الديمقراطية ، لا يصلح فى غيرها من حديثة العهد بالديمقراطية كما أن ضمان الاستفتاء الشعبى فى الدول النامية ليست بضمان بل هى ستار لأنظمة الحكم الديكتاتورى فى هذه الدول ، كما سنبرز بعد ذلك وكان من الأولى تعديل هذه المادة أو الغائها[٢]، عند النظر فى تعديل الدستور .

---

(١) د/ سيمر عبدالقادر : المرجع السابق - ص ٦٣٣ .

(٢) د/ وحيد رأفت : مجلة المحاماة - سبتمبر وأكتوبر ١٩٨٢ .

الفرع الثانى

الجمــــــــع بين

رئاسة الجمهورية ورئاسة الوزارة

ينص دستور ١٩٧١ فى المادة ١٥٣ منه على أن الحكومة هى الهيئة التنفيذية والادارية العليا للدولة وتتكون الحكومة من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمال الحكومة، وحدت المادة ٥٦ اختصاصات مجلس الوزراء وعلى الأخص الاشتراك مع رئيس الجمهورية فى وضع السياسة العامة للدولة والاشراف على تنفيذها وفقا للقوانين والقرارات الجمهورية وتنص المادة ١٤١ على أن يعين رئيس الجمهورية رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويعفيهم من مناصبهم ، وتنص المادة ١٤٢ على أن لرئيس الجمهورية حق دعوة مجلس الوزراء للانعقاد وحضور جلساته وتكون له رئاسة الجلسات التى يحضرها كما يكون له حق طلب تقارير من الوزراء .

وقد قرر الدستور فى المادة ١٢٦ مبدأ مسئولية الوزراء أمام مجلس الشعب عن السياسة العامة للدولة وعن مسئولية كل وزير عن أعمال وزارته وأن للمجلس سحب الثقة من أحد نواب رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو نوابهم ويكون سحب الثقة بأغلبية أعضاء المجلس ، وتنص المادة ١٢٧ على أن لمجلس الشعب أن يقرر بناء على طلب عشر أعضائه مسئولية رئيس مجلس الوزراء ويصدر القرار بأغلبية أعضاء المجلس ولا يجوز أن يصدر هذا القرار الا بعد استجواب موجه للحكومة وفى حالة تقرير المسئولية يعد المجلس تقريرا يرفعه الى رئيس الجمهورية متضمنا

عناصر الموضوع وما انتهى اليه من رأى فى هذا الشأن وأسبابه ولرئيس الجمهورية أن يرد التقرير الى المجلس خلال عشرة أيام ، فاذا عاد المجلس الى اقراره من جديد جاز لرئيس الجمهورية أن يعرض موضوع النزاع بين المجلس والحكومة على الاستفتاء الشعبى وأن يجرى الاستفتاء خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاقرار الأخير للمجلس ، فاذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة ، اعتبر المجلس منحلا والا قبل رئيس الجمهورية استقالة الوزارة .

ولم يتناول دستور ٧١ مسئولية رئيس الجمهورية السياسية وعليه فان مفاد ذلك هو عدم مسئوليته فلا يمكن لمجلس الشعب أو لأى هيئة عامة أخرى أن تسأله سياسيا أو تسحب منه الثقة ، كما لا يمكن لأعضاء مجلس الشعب أو يوجهوا اليه أسئلة أو استجوابات(١) .

وهذه المغايرة فى الدستور بين سلطات رئيس الجمهورية وحالات مساءلته وسلطات رئيس مجلس الوزراء تجعل من الواضح القول أنه لا يجوز الجمع بين منصبى رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء والا انهارت هذه النصوص المحددة لحالات مساءلة رئيس مجلس الوزراء والوزارة وقد حدث فى ظل الدستور دستور ١٩٧١ أن جمع الرئيس أنور السادات مرتين بين منصبه كرئيس للجمهورية ومنصب رئيس مجلس الوزراء وقد طلب رئيس الجمهورية فى المرة الأولى أن تجتمع اللجنة المركزية والهيئة البرلمانية للاتحاد الاشتراكى فى ١٩٧٣/٣/١١ لوضع ضوابط المعاملة الدستورية أمام مجلس الشعب من واقع الدستور منوها أن

---

(١) د/ عبدالله ناصف : مدى التوازن بين السلطة والمسئولية - المرجع السابق - ص ٤١٢ .

نظامنا السياسى نظام رئاسى يسمح بهذا الجمع ، وقد وضعت اللجنة الخماسية المشكلة من أعضاء المؤتمر المشترك ، تقريرا للعرض على مجلس الشعب اذا وافق عليه اعتبر اساسا لتنظيم هذه المساءلة السياسية ، وقد خلص التقرير الى أنه ليس هناك ما يمنع دستوريا من تولى رئيس الجمهورية رئاسة مجلس الوزراء وأنه بوصفه رئيسا للدولة لا يمكن مساءلته أمام المجلس النيابى لأن صفته رئيسا للدولة تجب صفته كرئيس مجلس الوزراء، وثانيا لأنه مدين بمركزه للشعب كما هو الشأن بالنسبة لمجلس الشعب فلا يجوز اعمال الجزء الخاص بمسئولية رئيس مجلس الوزراء لامكان اعمال المسئولية التضامنية ، واقترحت اللجنة تعيين نائب لرئيس مجلس الوزراء ليشرف على اجتماعات المجلس عند غياب السيد/ رئيس الجمهورية ، وتتحرك المسئولية التضامنية للوزارة باستجواب يوجه الى هذا النائب وأحيل هذا التقرير الى اللجنة الدائمة بمجلس الشعب التى انتهت الى صحة الجمع وجواز تعيين نائب لرئيس الوزراء مسئول أمام المجلس واستند التقرير الى أن النظام الخاص بثنائية السلطة التنفيذية الذى يعتبر من أسس النظام البرلمانى لم ينظم السلطة التنفيذية بالطريقة التى تنظم بها فى النظم الرئاسية فرئيس الجمهورية ليس سلطة اسمية أو رمزية بل هو ذو سلطات حقيقية وأن الدستور أجاز فى المادة ١٤٢ منه على أن يدعو مجلس الوزراء للاجتماع وتكون له رئاسته وله أن يشارك بصفة مستمرة فى وضع السياسة العامة والاشراف على تنفيذها وأخيرا فان الظروف الاستثنائية التى تمر بها البلاد قد استدعت ذلك[١].

---

(١) انظر نصوص تقارير هذه اللجان فى رسالة د/ عبدالله ناصف - المرجع السابق - ص ٤٢٣ - ٤٢٦ . د/ فؤاد العطار - النظم السياسية والقانون الدستورى - ١٩٧٤ - ص ٦٣٧ .

والمرة الثانية كانت فى ١٤ مايو ١٩٨٠ حيث أعلن رئيس الجمهورية أمام مجلس الشعب أن سيتولى رئاسة مجلس الوزراء الى جانب منصبه كرئيس للجمهورية وأحيل بيان الرئيس الى لجنة خاصة لتقديم تقريرها الى المجلس حيث انتهى هذا التقرير الى نفس الرأى السابق[١].

والمتأمل لنصوص الدستور من ناحية وما استندت اليه تقارير اللجنة من ناحية أخرى يجد أن هذه اللجان فى تقاريرها ارتفعت عن النصوص الدستورية الى وضع قواعد دستورية جديدة مستلهمة روح الدستور أى أنها جعلت من نفسها سلطة تأسيسية فهذه اللجان أخذت فى البحث عن طبيعة نظام الحكم وفقا لدستور ١٩٧١ وانتهت الى أنه ليس بالنظام البرلمانى وفقا للضوابط والسمات المعروفة فى هذا النظام وعليه فليس هناك ما يمنع من الجمع بين رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء ، والأصل أن اللجنة تبحث امكانيات هذا الجمع وفقا لنصوص الدستور الواضحة المقررة أن هناك منصبا يسمى شاغله رئيس مجلس الوزراء وهذا الأخير مسئول مع وزرائه أمام البرلمان ، فى حين أن رئيس الجمهورية غير مسئول ، وردد الدستور أكثر من مرة « تعبير رئيس ألوزراء مرتبا آثارا قانونية وسياسية على وجوده كأن يقدم برنامج وزارته الى مجلس الشعب (مادة ١٣٣) والى جواز تقديم استجوابات له (مادة ١٢٥) وغيرها من النصوص فان مقتضى هذا أن يشغل هذه الوظيفة شخص مختلف عن شخص رئيس الجمهورية والا انهار ما تبقى من وسائل التوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فيسلب من البرلمان حق سحب الثقة برئيس الوزراء لأنه غير مسئول (بصفته رئيس الجمهورية) وأن فى اختيار أحد نوابه لتقرير

---

(١) انظر تقرير اللجنة د/ عبدالله ناصف – المرجع السابق – ص ٤٣٠ .

مسئوليته أمام مجلس الشعب ، هو تحايل على أحكام الدستور . فالدستور قرر جواز سحب الثقة من رئيس الوزراء بالاضافة الى نوابه ، فكيف يطبق هذا النص مع اتحاد صفتى رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء ؟ وأن فيما سعت اليه اللجنة من وجوب تعيين نائب مسئول لرئيس الوزراء هو ابتداع منها لقواعد دستورية تلغى قواعد قائمة فعلا تتعلق بمسئولية رئيس الوزراء مع تقديرنا لآراء الفقهاء الذين انتقدوا آراء اللجنة مؤسسين ذلك على أن النظام الذى أتى به دستور ١٩٧١ هو نظام برلمانى[١] وأن دافعهم فى هذا اقامة شئ من التوازن بين السلطة التنفيذية والتشريعية ، الا أن نظام دستور ١٩٧١ لم يأخذ بالنظام البرلمانى أو الرئاسى بل أخذ بنظام مختلط بينهما يجعل من رئيس الجمهورية سلطة سياسية ضخمة تتضاءل امامه السلطات الأخرى دون أن يرتب لها ثمة مسئولية فهو نظام خرج على مقتضى كل من النظامين البرلمانى ما يقرره من توازن بين السلطة والمسئولية والنظام الرئاسى بما يتضمنه من فصل بين السلطات ، وأن الصحيح فى هذا الأمر أن تقارير هذه اللجان السابقة قد تغاضت وأهملت نصوصا دستورية صريحة فى عدم جواز الجمع وهى النصوص المقررة لمسئولية رئيس مجلس الوزراء وبهذا يمكننا تصور أن البقية الباقية من سلطة مجلس الشعب فى سـ الثقة من الحكومة قد انهارت فى ظل هذا الجمع بين رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الوزراء[٢].

---

(١) د/ عبدالله ناصف : المرجع السابق – ص ٤٣٤ ، د/ فؤاد العطار – المرجع السابق – ص ٦٤٠.

(١) د/ عبدالله ناصف : انظر فى خصوص انتقاد رأى هذه اللجان – المرجع السابق – ص ١٥٠ .

الفرع الثالث

رئيس الجمهورية

وأسلوب الإستفتاء الشعبى

سبق أن أوضحنا أن دساتير الثورة عرفت الاستفتاء الشعبى ووضح من ممارسة هذا الطريق من طرق الديمقراطية المباشرة ، مدى امكانية استخدام الوسائل الديمقراطية لتغطية الحكم الديكتاتورى ، فالاستفتاء الشعبى هو فى حد ذاته وسيلة ديمقراطية تماما لمعرفة رأى الشعب مباشرة ولكن على قدر ما هو مقياس صحيح لرأى الشعب الا أنه وبنفس القدر ، أسلوب يمكن من خلاله تزييف هذه الارادة من ناحية ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون سببا للاستبداد فمع ان الاستفتاء يؤدى الى التخفيف من حدة النزاع الحزبى وهو أداة من أدوات الاستقرار السياسى وهو يحول دون استبداد البرلمانات فى النظام النيابى كما ان الاستفتاء يكفل تحقيق الصالح العام أكثر مما يكفله البرلمان حيث أن أعضاء البرلمان كثيرا ما لا يجدون لديهم الشجاعة للوقوف ضد مصالح ورغبات جماعات الضغط المختلفة التى لها تأثير فى الانتخابات(١).

هذه العوامل تدعو وبصفة قاطعة الى تأييد الأخذ بالاستفتاء الشعبى كوسيلة لاشراك الشعب فى الحكم مباشرة وبهذا يتحقق حلم الديمقراطية ولكن تظهر هنا مثل سائر المسائل الدستورية ذلك التناقض المرير بين النظرية والواقع فأغلب قواعد القانون الدستورى والنظم السياسية تصطدم فيها النظرية بامكانية تحققها وتتحول مسائل لا خلاف عليها نظريا الى

---

(١) د/ عصمت سيف الدولة : الاستبداد الديمقراطى - ص ١٥٠ .

فروض عملية مستحيلة فتبقى النظرية مجازا فقط ومثل ذلك فكرة الديمقراطية التى أصبحت تعني عديدا من القواعد بدلا من قاعدة واحدة هى حكم الشعب لنفسه حيث ثبت الاستحالة العملية لاتزال هذا التعريف منزلة الواقع ، فلم ولن يحكم الشعب نفسه أبدا وكذلك فكرة التمثيل النيابى وقد أفضنا فى شرح مدى انهيارها وان القول بامكانية تمثيل ارادة الشعب فكرة خيالية لا يمكن تطبيقها وكذلك هنا فكرة الاستفتاء الشعبى كطريق ديمقراطى لا يمكن التسليم بها بغير وضع قيود عليها تجعل الالتجاء إليها لا يجوز الا فى عدد بسيط من المسائل .

فبالرغم من أن فكرة اشراك الشعب فى المسائل التى تطرح عليه للاستفتاء تجعل من الرأى العام وسيلة فعالة لتحديد اتجاهات الحكم فى البلاد وهو ما يتمناه أى نظام ديمقراطى صحيح الا أن تحديد كيفية اجراء الاستفتاء وشكله من ناحية والموضوع الذى يرد عليه الاستفتاء قد أدت الى النظر اليه كوسيلة مروعة للاستبداد[1] .

فلكي ينتج الاستفتاء أثره ويصبح أداة ديمقراطية فعالة تغطى على استبداد أى من سلطات أو مؤسسات الدولة يجب أولا أن نعرف ضوابط الاستفتاء ، فالاستفتاء أولا وقبل كل شئ يجب أن يتم فى دولة تكفل فيها الحرية فلا استفتاء صحيح بدون حرية حقيقية صحيحة ، فليس هناك استفتاء صحيح إلا إذا كانت هناك حرية لدى الأفراد لابداء آرائهم وقت اجراء الاستفتاء وكانت هناك حرية للصحافة وحرية للاجتماع ، وغيرها من الحريات المعروفة لأن في ذلك ليس ضمانا لأن يدلى الأفراد برأيهم دون

---

(١) د/ عبدالحميد متولى : أزمة الأنظمة الديمقراطية - ١٩٥٤ - ص ١٢١ .

ضغط فقط ولكن أن يدلوا برأيهم بناء على توضيح كامل لطبيعة المسألة أو المسائل المطروحة للاستفتاء فلا معنى للاستفتاء أن تكون وسائل الاعلام مقيدة أو ذات اتجاه محدد واضح دون مناقشة جميع جوانب المسألة محل الاستفتاء وطرح جميع الآراء واعطاء الشعب فرصة ليكون رأيا عاما يمكن الاعتماد عليه فى المسألة محل الاستفتاء والا أصبح الاستفتاء مجرد مظهر شكلي لاضفاء صفة الشرعية والديمقراطية على واقع ديكتاتورى ولاتخذ تكأه - وهو كذلك - فى الدول النامية لاضفاء شكل ديمقراطى كاذب على نظام الحكم(١).

ومن الضوابط أيضا ألا يكون موضوع الاستفتاء مستحيلا موضوعا، ويكون الاستفتاء مستحيلا موضوعا ، اذا لم يكن من الممكن أن يكون هناك دلالة حقيقية للاستفتاء ، وذلك بأن يعرض للاستفتاء عديدا من الموضوعات ذات المضمون غير المحدد بدقة ، فلكى يكون الاستفتاء صحيحا يجب أن تكون الاجابة على المسألة المطروحة بلا أو نعم ذات دلالة واضحة على المعنى المقصود ومؤدية الى نتيجة ظاهرة أي أن يكون الاستفتاء دالا بذاته على اتجاه الرأى العام تجاه مسألة واضحة المعنى ، أى أن السؤال فى الاستفتاء يجب أن يكون مبسطا الى أقصى حد ولا يجوز تحميل سؤالين في سؤال واحد ، والا كانت الاجابة غير دالة على المعنى المقصود منه ، فحين يطرح على الشعب مثلا موضوعان أجيب عنهما معا بنعم ، قد تعنى نعم هذه قبول الموضوعين أو قبول أحدهما ترجيحا على الثانى أو قبول الثانى ترجيحا على الأول ، ولا يمكن القطع بما تدل عليه

---

(١) انظر فى نفس الرأى د/ عبدالحميد متولى - أزمة الأنظمة الديمقراطية - المرجع السابق - ص١٢٢ ، نقلا من بارتلمى .

نعم هذه من بين الاحتمالات ، وكذلك الاستفتاء على موضوع غير واضح الدلالة بذاته فاجابة الشعب عليه بنعم فان دلالة نعم هذه ستكون منصبة على الموضوع المستفتى فيه كما فهمه كل واحد ممن قالوا نعم ، ولما كان الاستفتاء لا يكشف ما فهمه كل واحد من الموضوع فان نعم هذه تصبح بغير دلالة ، أما اذا كان الموضوع غير معلوم أصلا كاستفتاء على رغبة الحكومة فى اتخاذ اجراء مالم يفصح عنه الاستفتاء ، فالمسألة كلها تصبح بدون دلالة سواء كانت نعم أم كانت لا[١]. فى هذه الحالة يصبح الاستفتاء مستحيلا وأداة ليغطى اتجاها معينا لدى الجهة التى لجأت اليه بالاستفتاء.

وأخيرا فان الاستفتاء لا يجوز أن يرد على موضوع محرم بنص الدستور أو مخالفا لنص فيه لأن الاستفتاء يتم وفقا للدستور الذى أعطى جهة ما هذا الحق فلا يجوز أن تخرج هذه الجهة على القواعد التى أعطتها حق الاستفتاء ، والا جاز تعديل الدستور نفسه دون اتباع الاجراءات المنصوص عليها فيه تحت دعوى الاستفتاء الشعبى وهذا ما دعا فقهاء القانون الدستورى الى كشف ما ينطوى عليه استخدام هذه الطريقة الديمقراطية للخروج حتى على الدستور ذاته بدعوى انها ارادة الشعب الذى وضع الدستور ، فهذه الدعوى الخطيرة دعوى ان ارادة الشعب هى الحل الأول والأخير فى الموافقة حتى على ما يخالف الدستور تؤدى الى انهيار النظام الدستورى ذاته ومن هنا كانت المحاذير فى استعمال هذا الأسلوب الخطير على المؤسسات الدستورية خاصة ان الداعى الى الاستفتاء هو السلطة التنفيذية لا التشريعية لأن الأخيرة تعتبر نفسها ممثلة للشعب أما الأولى فهى تعمل على استعمال هذا الحق لتتمكن من الافلات من طغيان

---

(١) د/ عصمت سيف الدولة : الاستبداد الديمقراطى - ص ١٥٤ .

السلطة التشريعية وسيطرتها عليها فتلجأ الى استفتاء الشعب ومن هنا كانت ههذ فرصة للسلطة التنفيذية لتطغى على السلطة التشريعية بل وتلغى دورها ان شاءت بدعوى أن هذه ارادة الشعب فى حين ان الارادة لم تكن مبرئة من العيوب وأهمها التدليس عليها أو فى أحسن الحالات عدم معرفة اتجاه هذه الارادة .

والدستور المصرى دستور ١٩٧١ - نص فى المادة ٧٤ منه كما سلف البيان على وجوب عرض الاجراءات التى يتخذها رئيس الجمهورية لدرء الخطر الذى يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى ، حيث يجب أن يتم الاستفتاء عليها خلال ستين يوما من اتخاذ هذه الاجراءات كذلك تنص المادة ١٥٢ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية أن يستفتى الشعب فى المسائل الهامة التى تتصل بمصالح البلاد العليا وكذلك نص الدستور فى المادة ١٨٩ على جواز أن يطلب رئيس الجمهورية ومجلس الشعب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور وبعد موافقة المجلس على مبدأ التعديل يعرض التعديل على الشعب لاستفتائه فى شأن هذا التعديل وكذلك تنص المادة ١٢٧ من الدستور على أنه فى حالة تقرير مجلس الشعب لمسئولية رئيس الوزراء واعتراض رئيس الجمهورية على هذا ، يعرض النزاع على الاستفتاء الشعبى فاذا جاءت نتيجة الاستفتاء مؤيدة للحكومة اعتبر المجلس منحلا ، وكذلك المادة ١٣٦ التى تقول لا يجوز لرئيس الجمهورية حل مجلس الشعب الا عند الضرورة وبعد استفتاء شعبى .

وتنص المادة الثالثة من الدستور على أن السيادة للشعب وحده وهو مصدر السلطات ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ويصون الوحدة

الوطنية على الوجه المبين فى الدستور ، وكانت الأعمال التحضيرية لمشروع الدستور فى المادة الثالثة تذهب الى أن السيادة للشعب وحده وهو مصدر السلطات ويحمى الشعب هذه السيادة ويصون الوحدة الوطنية وتكون ممارسة الشعب للسيادة عن طريق الاستفتاء الشعبى وعن طريق ممثليه على الوجه المبين فى الدستور والفقرة الأخيرة منقولة من المادة الثالثة من الدستور الفرنسى وأنها لو أقرت لما كان ثمة شك فى امكان صدور القوانين فى مصر عن طريق الاستفتاء الشعبى ، ولكن الفقرة الأخيرة لم يوافق عليها وحذفت وجاءت المادة ٨٦ من الدستور مؤكدة أن يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ، ومن هنا فان الشعب لا يجوز له أن يستفتى فى مشروعات قوانين وتعتبر قوانينا بعد موافقته(١) .

ولقد تم الاستفتاء كما سبق البيان على القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ ، وهنا يذهب بعض الفقهاء(٢) الى عدم جواز الاستفتاء على أمر مخالف للدستور والواقع أننا نوافق على امكانية طرح مشروع قانون للموافقة وفقا لنصوص المادة ٧٤ حيث أن مفهومها أن الاجراءات المتخذة يمكن أن تشمل مشروعات القوانين ، ولكن موافقة الشعب عليها لا ترفعها الى مرتبة القوانين وانما تبقى مشروعات بقوانين يجب عرضها على مجلس الشعب للموافقة عليها وإلا ظلت كما هى قرارات بقوانين وليست قوانينا وموافقة الشعب عليها تعطى اتجاها للرأى العام يفرض على مجلس الشعب الاستجابة له . وان كنا نتفق مع الفقيه فى أن موضوع هذا الاستفتاء لأنه تضمن ثمانية بنود بها تباين واضح لا يمكن أن نعرف دلالة الموافقة عليه

---

(١) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق - ص ١٤٠ .

(٢) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق - ص ١٤٠ .

لأن الموافقة تكون بتغليب بعض البنود على الأخرى كما سلف البيان وخاصة أن بعض البنود لا علاقة بها بالأخرى مما يعطى صورة واضحة لامكانية الانحراف فى استعمال سلطة طلب الاستفتاء ، فالمادة الأولى من القرار بقانون تنص على حرية تكوين الأحزاب وأنها مكفولة طبقا لما ينص عليه القانون الخاص بانشاء الأحزاب حال صدوره من السلطة التشريعية وهو أمر غريب أن يتم الموافقة على قانون لم يصدر بعد ولم تظهر فيه الى أى مدى حظيت الأحزاب بحريتها ، كذلك المادة الرابعة تنص على اعفاء الفلاحين الذين يملكون ثلاثة أفدنة فأقل ، وعلى الدخول التى لا تتعدى خمسمائة جنيها فى السنة من الضرائب وتضمنت باقى البنود عقابا على التجمهر والأحزاب ، ومن هنا أصبح الاستفتاء لا معنى له سوى أنه أعطى رئيس الجمهورية رخصة تطبيق النصوص المقررة لعقوبات بالغة الشدة كالأشغال الشاقة المؤبدة على الجرائم الواردة بهذه البنود دون أن يكون للاستفتاء دلالة أخرى وهو ما يجعل هذا الاستفتاء ستارا لفرض عقوبات دون أن يصدر بها قانون وفقا لنص المادة ٦٦ التى تنص بأنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ، فالاستفتاء الذى تم فى عام ١٩٧٧ ، وان كان ممكنا ولكنه مستحيل موضوعا(١) ، وكانت هذه الاستحالة الموضوعية قاسما لكل الاستفتاءات التى تمت بعد ذلك تضاف الى عيوب هذه الاستفتاءات الأخرى ، فمثلا طلب رئيس الجمهورية فى ٢١ مايو ١٩٧٨ استفتاء الشعب على عدة مبادئ منها استبعاد كل من يثبت أنه يدعو أو يشارك فى الدعوى الى مبادئ تتنافى مع أحكام الشرائع السماوية أو يعرض بها

(١) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق – ص ١٥٤ .

من تولى الوظائف القيادية والصحفية والاعلامية وعضوية مجالس ادارة النقابات العامة والمهنية .

ثانيا : استبعاد من أفسدوا الحياة السياسية قبل الثورة ومراكز القوى التى أدانتها محكمة الثورة من ممارسة أى نشاط سياسى وكذلك من يثبت ادانتهم فى جرائم المساس بالحريات الشخصية للمواطنين أو ايذائهم بدنيا ومعنويا ، وكذلك من يثبت ضده أنه أتى أفعالا من شأنها افساد الحياة السياسية فى البلاد أو تعريض الوحدة الوطنية والسلام الاجتماعى للخطر.

ثالثا : الزام الصحافة بنظام الدولة الاشتراكى الديمقراطى والسلام الاجتماعى والوحدة الوطنية وتحالف قوى الشعب العاملة والمكاسب الاشتراكية للعمال والفلاحين وميثاق الشرف الصحفى .

رابعا : أن يتولى المدعى العام الاشتراكى سلطة التحقيق والادعاء بالنسبة للمخالفات الخاصة بالمبادئ التى وافق عليها الشعب فى الاستفتاء وعرض تقاريره وقراراته فى هذا الشأن على مجلس الشعب .

خامسا : على أن يضع مجلس الشعب التشريعات المنفذة للمبادئ التى وافق عليها الشعب فى الاستفتاء ، متضمنة العقوبات المناسبة لأية مخالفة ترتكب لهذه المبادئ(١) .

والناظر لهذه الموضوعات التى استفتى فيها الشعب ، يجد أنها لا تتفق مع مدلول المادة ١٥٢ من الدستور حيث أن رئيس الجمهورية لم

---

(١) انظر تقرير اللجنة التشريعية بضبطة الجلسة السابعة والستين ، فى الفصل التشريعى الثانى ، دور الانعقاد العادى الثانى فى ١٩٧٨/٦/١ .

يستفتى الشعب فى مسألة عامة معينة تتحمل الاجابة بلا أو نعم وانما استفتاه على ما يشبه مشروع قانون وكان الاجدر به أن يرسل هذا القرار بقانون الى المجلس لاقراره أو أن يقوم حزب الأغلبية الذى يرأسه رئيس الجمهورية بتقديم مشروع قانون بهذا المعنى ولكن ما هى دلالة الموافقة على مبادئ محددة إلا إذا كان المقصود منها الزام مجلس الشعب باقرار قانون يأخذ بهذه المبادئ - وهو ما تم فعلا -[1]. أى أنه مقصود به أيضا مشروع بقانون يوافق عليه الشعب فيلزم مجلس الشعب باصداره وهو أمر مخالف للدستور لأننا اذا أجزنا هذا وفقا للمادة ٧٤ فليس من الممكن اجازته طبقا للمادة ١٥٢ فهى لا تشير من قريب أو بعيد الى القرارات بقوانين أو مشروعات القوانين التى يمكن ان يستفتى عليها الشعب ومن هنا كانت مخالفة هذا الاستفتاء للدستور لأنه يستخدم كوسيلة للضغط على مجلس الشعب المختص بالتشريع مما يقلب الموازين تماما بين القوى السياسية بالاضافة الى ما فى هذا الاستفتاء من عوامل الاستحالة الموضوعية أو تتمثل فى طرح مواضيع غير ذات مضمون محدد كالسلام الاجتماعى والوحدة الوطنية والنظام الاشتراكى الديمقراطى ، فكل من وافق على

(١) قانون حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى ص ١٥٩ ، وانظر اختلاف مفاهيم أعضاء مجلس الشعب ذاتهم حول دلالة السلام الاجتماعى رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ فى الاتجاهات الجديدة فى مجلس الشعب ، مركز الأهرام للدراسات السياسية ، اشراف السيد يس - ص ٦٠ ، حيث ذهب بعض أعضاء المجلس من الفلاحين الى أنه السلام بين الناس ، وذهب آخرون الى أنه ضرورى جدا ولابد من تحقيقه دون أن يعرفوا ماهيته ، وفسره البعض بعدم الحقد ، وذهب آخرون الى ان ما حدش يكره السلام وذهب نفر الى أنه بيت سعيد لكل أسرة ، وهكذا لم يستطع النواب أنفسهم معرفة المقصود بهذه العبارة فكيف بعامة الشعب ويذهب د/ عصمت سيف الدولة - المرجع السابق - ص ١٥٨ ، إلى أنه سيكون شيئا ممتعا للدارسين الحاضرين أن يعرفوا ما هو المضمون الوحيد الذى قاله الرأسماليون والعمال والفلاحين والعاطلون والأميون بقولهم نعم للاشتراكية الديمقراطية .

الاستفتاء ، وافق على مفهومه هو لهذه الوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعى أو الاشتراكية الديمقراطية[(١)]، ومع هذا كانت نتيجة الاستفتاء موافقة تسعة ملايين مواطن ورفض حوالى مائة وخمسون ألف مواطن فقط[(٢)].

ومن أمثلة الاستفتاءات المستحيلة موضوعا أيضا ما تم فى الاستفتاء الذى تم فى ٢٠ أبريل ١٩٧٩ حيث استفتى الشعب على معاهدة السلام وملحقاتها ، بين جمهورية مصر العربية ودولة اسرائيل ، والاتفاق التكميلى الخاص باقامة الحكم الذاتى الكامل فى الضفة الغربية وقطاع غزة الموقع عليها فى واشنطن فى ٢٦ مارس ١٩٧٩ ، وهذه المعاهدة قدمت نصوصها لمجلس الشعب فى ١٩ أبريل ١٩٧٩ ووافق عليها يوم ٢٠ أبريل سنة ١٩٧٩[(٣)] أى فى اليوم التالى ولم يكن هناك وسيلة للتعرف على تفاصيل هذه المعاهدة ومضامينها وهى تفاصيل كثيرة مما يستحيل معها تكوين رأى فيها الا من قبل المتخصصين فى القانون الدولى فى مدة كبيرة فكيف والاستفتاء عليها يتم فى تعتيم اعلامى كبير وتوجيه للرأى العام للموافقة عليها ، فهنا تكمن الاستحالة الموضوعية وكذلك تم طرح حل مجلس الشعب فى نفس هذا الاستفتاء وهو أمر يثير عدة تساؤلات ، **أولها** : أن مجلس الشعب كان قد وافق على الاتفاقية فعلا أى أنه تم الاستفتاء على حل مجلس الشعب الذى وافق على الاتفاقية وفى نفس الوقت طلب الموافقة على هذه الاتفاقية[(٤)].

(١) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق - ص ١٥٦ .

(٢) د/ وحيد رأفت : القوانين المنظمة للحريات - ص ٩١ .

(٣) القرار الجمهورى رقم ١٥٣ للسنة ١٩٧٩ .

(٤) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق - ص ٤٤ ، وانظر أيضا ص ١٥٧ ما تضمنه هذا الاستفتاء من اعلان حقوق الإنسان المصرى ، ولم يكن هناك شئ أسمه اعلان حقوق المواطن المصرى .

والتساؤل الثانى : حول جواز طرح حل مجلس الشعب بهذه الصورة ، فالدستور حدد حالات الحل كما سلف البيان والمادة ١٣٦ تنص على طرح حل المجلس على الشعب لاستفتائه فى حالة الضرورة فقط ، فما هى الضرورة التى توجب حل المجلس الذى وافق على اتفاقية السلام المعروضة على الشعب فعلا موافقته؟[١] ، وقد وافق على هذا الاستفتاء ٩٩٪ أيضا أى وافقوا على حل مجلس الشعب الذى وافق على اتفاقية السلام التى وافق عليها الشعب نفسه .

وأخيرا نأتى الى الاستفتاء الأخير الذى صدر طبقا للمادة ٧٤ والذى تضمن القرارات الادارية باعتقال حوالى ألف وخمسمائة شخص ونقل عديدين من مناصبهم ووقف اصدار صحف المعارضة والصحف الدينية بالقرارات الادارية أرقام ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٥ لسنة ١٩٨١ ، وقد اتخذت هذه الاجراءات طبقا لنص المادة ٧٤ ، إلا أنها تضمنت استحالة موضوعية للاستفتاء عليها ، لأنها تضمنت عددا ضخما جدا من الاشخاص المتباينة اتجاهاتهم ، وكذلك الصحف والصحفيين وأساتذة الجامعة المنقولين ، فكيف يستفتى الشعب مرة واحدة على كل هؤلاء المتباينين فى اتجاهاتهم مما يوضح أن الاجراءات المقصود استفتاء الشعب عليها وفقا للمادة ٧٤ هى اجراءات سياسية وليست ادارية ، اجراءات تمليها طبيعة الظروف ، أما ظروف المادة ٧٤ فهى تملى عليه اجراء سياسيا قد يخالف به نصا فى الدستور كحل مجلس الشعب مثلا حينئذ يكون قراره غير جائز بحثه قضائيا فهذا الاجراء السياسى لا تتيحه الظروف العادية ، أما ما يدخل فى اختصاصه فى الأوقات العادية

---

(١) انظر القرار الجمهورى رقم ٤٩٨ بدعوة الناخبين للاستفتاء .

كالقرارات الادارية فهى تفقد طبيعتها فى الظروف الاستثنائية ولا تصبح عملا من أعمال السيادة لمجرد صدورها طبقا لنص المادة ٧٤ ، ولهذا كان اختصاص القضاء بالقرارات الادارية صحيحا حتى فى ظل العمل بأحكام المادة ٧٤ . فالإجراءات التى تتم وفقا للمادة ٧٤ لم يقل أحد أنها محصنة من رقابة القضاء ليتحقق من توافر شروط المادة فى القرار الادارى الصادر أو القرار بقانون تراقب المحكمة الدستورية دستوريته أما ما يتخذه الرئيس من اجراءات سياسية فهى تعتبر من أعمال السيادة . فرأينا أن الأصل فيما يصدره رئيس الجمهورية من اجراءات خضوعها للرقابة سواء من قبل القضاء الادارى أو المحكمة الدستورية العليا ، ولكن لضمان نفاذ نصوص الدستور فالمادة ٧٤ تعطى رئيس الجمهورية رخصة اتخاذ ما يشاء من قرارات واجراءات لكنها فى النهاية تخضع لرقابة القضاء وليس له أن يتذرع بالاستعانة بهذه المادة ليضفى على قراراته الادارية حصانة من الرقابة القضائية .

وأخيرا وفى نهاية هذا العرض نخلص الى نتيجتين هامتين ، **الأولى:** خاصة بالاستفتاء الشعبى عموما ألا وهى أنه كما تتحول الطاقة الذرية أرقى اكتشافات العصر من اداة تعمير الى اداة تدمير بنفس الكفاءة تحول الاستفتاء الشعبى من أسلوب ممارسة الديمقراطية الى أسلوب لفرض الاستبداد ولكنه من أخطر انواع الاستبداد استبداد الحاكم تحت ستار ارادة الشعب ، فليس ثمة خطر أشد فتكا على الشعوب من الاستبداد بها بأسلوب لا شك فى ديمقراطيته[1] ، وعلى القائمين بتدريس القانون الدستورى ، والأنظمة السياسية ، وعلوم السياسة ، عموما أن يبرزوا هذه

(١) د/ عصمت سيف الدولة : المرجع السابق - ص ١٦٩ .

الأنواع من السيطرة على ارادة الشعوب تحت ستار الديمقراطية المباشرة أو النيابية أو ما شابه ذلك من الأشكال التى تختلف تماما وعلى النقيض مع المضمون الحقيقى لها وأن تهتم بالواقع العملى للنظم السياسية ومدى تطبيق واحترام الدساتير لا ما ينص عليه من نصوص تبدو براقة ولكنها لا تطبق .

والنتيجة الثانية : هى أنه بخصوص الوضع السياسى فى مصر رأينا أن السلطة التنفيذية ممثلة فى رئيس الجمهورية بما استعملت من حق الاستفتاء على مواضيع أما غير دستورية أو مستحيلة موضوعا اكتسب قوة واقعية زادت من قوتها النظرية باحتكامه الى الشعب بما يريد متخطيا مجلس الشعب وطلب الموضوعات لا يمكن الاجابة عليها وذلك يؤدى الى الموافقة عليها بالنسبة التى أشرنا سابقا الى استحالتها نسبة ٩و٩٩٪ مستفيدا بسيطرته المطلقة على أجهزة الاعلام ومن هنا يظهر لنا أول أسباب ضعف المجلس ، مجلس الشعب ، عن أداء دوره الرقابى ووجود عيوب تعتور ما يصدره من قوانين لسيطرة رئيس الجمهورية على اتجاهاته مما يؤدى واقعا الى أن يصبح سلطة نظرية لا قوة ولا سند لها الا ما يمليه عليها رئيس الجمهورية . وننتقل الآن الى دراسة ظاهرة الأحزاب السياسية فى ظل دستور ١٩٧١ لتكتمل المراحل المختلفة التى تؤدى الى القول بانعدام أى قدرة أو سلطة لمجلس الشعب ازاء رئيس الجمهورية ويتضح لنا كيف يمكن أن يظهر الانحراف التشريعى فى ظل سيادة القانون .

المبحث الثاني

دستور ١٩٧١ والأحزاب السياسية

بعد حل الأحزاب السياسية بمقتضى المرسوم بقانون ٣٧ لسنة ١٩٥٣، حاولت الثورة اقامة تنظيم سياسى يكون بديلاً عنها ، انتهى هذا التنظيم الى نشوء الاتحاد الاشتراكى العربى ، كتنظيم سياسى وحيد فى الدولة ، وكان هذا متفقا مع فكر الرئيس جمال عبدالناصر حول ضرورة الحكم الشمولى للدول النامية[1] .

وقد صدر دستور ١٩٧١ ناصا فى المادة الخامسة منه على أن الاتحاد الاشتراكى العربى هو التنظيم السياسى الذى يمثل بتنظيماته القائمة على أساس مبدأ الديمقراطية تحالف قوى الشعب العاملة من الفلاحين والعمال والجنود والمثقفين والرأسمالية الوطنية ، وهو أداة هذا التحالف فى تعميق قيم الديمقراطية والاشتراكية وفى متابعة العمل الوطنى فى مختلف مجالاته ودفع هذا العمل الوطنى الى أهدافه المرسومة ، ويؤكد الاتحاد الاشتراكى العربى سلطة تحالف قوى الشعب العاملة عن طريق العمل السياسى الذى تباشره تنظيماته بين الجماهير وفى مختلف الاجهزة التى تضطلع بمسئوليات العمل الوطنى .

ولقد ظل شرط العضوية للاتحاد الاشتراكى قيدا على حرية الأفراد فى الترشيح لانتخابات مجلس الشعب وبعد انتخابات عام ١٩٧١ ، حاول مجلس الشعب مناقشة مشروع قانون لأحد الأعضاء لالغاء هذا الشرط

---

(١) أنظر حديثة للصنداى تايمز فى يونيو ١٩٦٢ ، فى الطريق الى الديمقراطية ، د/ جمال العطيفى.

وقبل تمام المناقشة طرح الرئيس السادات ورقة تطوير الاتحاد الاشتراكي في أغسطس ١٩٧٤ وفيها دعوة صريحة الى الغاء شرط العضوية للترشيح وذلك حتى تسترد العضوية طبيعتها الاختيارية ، ولقد انتهى المؤتمر القومي العام للاتحاد الاشتراكي بعد تطويره وفقا لورقة أكتوبر في يوليو ١٩٧٥ الى إقرار اقامة فكرة المنابر وأن ظلت هذه المنابر داخل اطار الاتحاد الاشتراكي وقد تشكلت لجنة مستقبل العمل السياسي من أعضاء مجلس الشعب وأعضاء اللجنة المركزية للاتحاد الاشتراكي وبعض الهيئات التعاونية والشخصيات العامة وكانت أغلبية الآراء تتجه الى اقامة المنابر الثابتة التي تتطور في المستقبل الى أحزاب وانتهت الى اقامة ثلاثة منابر لليمين والوسط واليسار ودخلت هذه المنابر انتخابات ١٩٧٦ على هذا الأساس وان كانت ما تزال اسميا كأجنحة للاتحاد الاشتراكي وبعد انعقاد مجلش الشعب الجديد أعلن رئيس الجمهورية أنه اتخذ قرارا أملته عليه المعركة الا نتخابية وهي أن تتحول هذه التنظيمات الثلاثة الى أحزاب وترتفع عنها يد الاتحاد الاشتراكي نهائيا(١) .

ومن هنا كانت بداية تكوين الأحزاب السياسية في ظل دستور ١٩٧١ والنظار الى نص المادة الخامسة منه يجد أنه لم يكن من الممكن دستوريا وجود تنظيمات سياسية أخرى بجوار الاتحاد الاشتراكي العربي ، فهو التنظيم السياسي الممثل لتحالف قوى الشعب العاملة أي أن مفهوم هذا أنه التنظيم السياسي الوحيد ولا يقدح في ذلك عدم وجود عبارة الوحيد لأنه بتمثيله للفلاحين والعمال والمثقفين والجنود والرأسمالية الوطنية، لم يبق منطقيا ما يمكن أن يقوم بتشكيل تنظيم سياسي آخر ، كما

---

(١) انظر هذه التطورات ، كتاب الطريق الى الديمقراطية د/ جمال العطيفي - ص ٨٩ .

أن نص المادة يذهب الى أن التنظيم يؤكد هذا التحالف عن طريق العمل السياسى بين الجماهير فأى تنظيم سياسى آخر غيره يعتبر هدفا لهذا التحالف الذى يقوم عليه الدستور ومن هنا كان واجبا حتى تكتسب الأحزاب طبيعة شرعية أن تعدل هذه المادة ، لأن فكرة المنابر لم تكن تخرج بها عن اطار الاتحاد الاشتراكى ، أما فكرة الأحزاب التى لا تدخل فى اطار الاتحاد الاشتراكى فهى فكرة تتنافى مع الدستور ، ولهذا لا نوافق من ذهب من الفقهاء[1] الى جواز اقامة الأحزاب بجانب الاتحاد الاشتراكى لأنه ليس بالتنظيم السياسى الوحيد وأنه وفقا لنص المادة ٥٥ فللمواطنين حق تكوين الجمعيات على الوجه التى فى القانون ، فالأحزاب هى جمعيات ذات أهداف سياسية[2] ، ولكننا نرى أن المقصود بالجمعيات فى المادة ٥٥ فى ظل نص المادة الخامسة من الدستور أنها الجمعيات الاجتماعية والتعاونية لا السياسية لأن دلالة المادة الخامسة قاطعة فى أن الاتحاد الاشتراكى هو التنظيم السياسى الوحيد بما تضمنته من التحالف الذى يمثله والذى جمع فيه سائر الطوائف[3] .

ومن هنا نفهم ، لماذا أقحم موضوع الأحزاب السياسية فى القرار بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ الذى أصدره رئيس الجمهورية واستفتى عليه الشعب ، وفقا لنص المادة ٧٤ من الدستور ، ومن هنا فاذا وافق الشعب

---

(١) د/ سعد عصفور : النظام الدستورى بمصر ، دستور ١٩٧١ ص ٤١ .

(٢) انظر تأييدا لهذا القول ، حكم محكمة شمال القاهرة الابتدائية فى ١٩٧٨/٥/٩ ، القضية رقم ١٥٧٦ لسنة ١٩٧٨ - مجلة المحاماة - العددان الخامس والسادس ، السنة الثامنة والخمسون - مايو / يونيو سنة ١٩٧٨ - ص ٦٤ ، ٦٥ .

(٣) من هذا الرأى د/ جمال العطيفى - المرجع السابق - ص ٨٦ ، ٨٧ ، حيث ذهب الى أن أغلبية من ناقشوا فكرة الأحزاب ومنهم د/ وحيد رأفت ، طلبت تعديل الدستور اذا اريد لهذه الأحزاب أن تكون مستقلة عن الاتحاد الاشتراكى .

على القرار بقانون يمكن اسناد اقامة هذه الأحزاب الى الشعب بنفس الطريقة التى وافق فيها الشعب على الدستور[١] ، وهو فهم خاطئ لطبيعة استعمال المادة ٧٤ ، والاستفتاء الذى يتم وفقا لها ، فلا يجوز وفقا لهذه المادة تعديل نصوص الدستور نفسه الا بنفس الوسيلة التى نص عليها الدستور ذاته لتعديله كما أن استفتاء الشعب على الاجراءات المتخذة وفقا للمادة ٧٤ هو شرط شكلى لصحة واستمرار الاجراءات وليس من مقتضاه أن ترتفع هذه الاجراءات لمستوى الأعمال الدستورية بما يحظر رقابتها ولكن الاستفتاء هنا شرط شكلى فقط ودلالته واضحة فى تأييد الرأى العام لإجراءات رئيس الجمهورية لا يجعل هذه الاجراءات جزءا من الدستور أو معدلة للدستور ، ولقد تم تعديل هذا النص فعلا فى عام ١٩٨٠[٢] .

ولقد انقلبت المنابر الى أحزاب فعلا هى حزب مصر العربى الاشتراكى وحزب الأحرار الاشتراكيين وحزب التجمع الوطنى التقدمى الوحدوى ، وكذلك تأسس حزب الوفد وحزب العمل فى ظل القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بنظام الأحزاب السياسية[٣] .

ولقد كانت جميع نصوص هذا القانون مقبولة وغير مغالى فيها وحددت المادة السابعة منه على أن يعرض الاخطار عن تأسيس الحزب على اللجنة المنصوص عليها فى المادة الثامنة والمشكلة من أمين للجنة المركزية

---

(١) انظر هذا الفهم فى آراء اللجنة التشريعية لمجلس الشعب فى د/ جمال العطيفى ، الطريق الى الديمقراطية حيث ذهب المرحوم عبدالفتاح حسن الى أنه لم يعد هناك مجال للكلام فيما اختاره الشعب .

(٢) قرار مجلس الشعب بتعديل الدستور جلسة ١٩٨٠/٤/٣٠ ، والاستفتاء عليه ، مجلة المحاماة، العددين الخامس والسادس للسنة .

(٣) الجريدة الرسمية – العدد ٢٧ فى ٧ مايو سنة ١٩٧٧ .

ووزير العدل والوزير المختص بالتنظيمات الشعبية والسياسية ووزير الداخلية وثلاثة من غير المنتمين الى أى حزب سياسي من بين رؤساء الهيئات القضائية السابقين أو نوابهم ، ويصدر باختيارهم قرارمن رئيس اللجنة المركزية ، وأجازت هذه المادة لطالبى التأسيس الطعن فى قرار هذ اللجنة أمام محكمة القضاء الادارى خلال الثلاثين يوما التالية لاخطارهم به وتفصل المحكمة فى الطعن خلال أربعة أشهر على الأكثر من تاريخ ايداع عريضته ، ونصت المادة ١٥ علي أنه لكل حزب حق اصدار صحيفة أو أكثر للتعبير عن آرائه وذلك دون التقيد بالحصول على الترخيص المشار اليه فى المادتين ١ ، ٢ من القانون ١٩٥٦ لسنة ١٩٦٠ وأجازت المادة ١٧ من القانون لأمين اللجنة المركزية بعد موافقة اللجنة المنصوص عليها فى المادة ١٨ أن يطلب من محكمة القضاء الادارى حل الحزب وتصفية أمواله ، وتحديد الجهة التى تؤل اليها هذه الأموال لعدة أسباب عددتها المادة المذكورة وأبقت المادة ١٩ من القانون على الاتحاد الاشتراكى العربى واللجنة المركزية المشكلة من رئيس الدولة وعضوية كافة أعضاء مجلس الشعب ورؤساء وممثلى النقابات المهنية والاتحاد العام للعمال ورؤساء الأحزاب السياسية الممثلة فى مجلس الشعب وذلك للعمل على الحفاظ على مبادئ ثورتى ٢٣ يوليو ١٩٥٢ أو ١٥ مايو سنة ١٩٧١ ، ودعم الوحدة الوطنية وتحالف قوى الشعب العاملة والمكاسب الاشتراكية .

ولكن بعد حدوث عدة حملات ضد بعض أحزاب المعارضة وخاصة بين حزب مصر العربى الاشتراكى وحزب الوفد واتهام الأخير بأنه امتداد لحزب الوفد القديم ، وكذلك تناولت حملات الصحف القومية وصحف حزب مصر بالهجوم حزب التجمع ، أعلن رئيس الجمهورية فى ١٤ مايو سنة ١٩٧٨

أن مسيرة الديمقراطية فى مصر تحتاج الى تصحيح ومن هنا صدر بيان رئيس الجمهورية داعيا الشعب الى الاستفتاء على مبادئ حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى ، وبعد الموافقة على هذا الاستفتاء ، وما ورد به من قبل الشعب ، قام مجلس الشعب بإصدار القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بحماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى ، ناصا فى المادة الرابعة منه على عدم جواز الانتماء الى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الانشطة السياسية لكل من تسبب فى افساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ سواء كان ذلك بالاشتراك فى تقلد المناصب الوزارية منتميا الى الاحزاب السياسية التى تولت الحكم قبل ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ أو بالاشتراك فى قيادة الأحزاب أو ادارتها وذلك كله فيما عدا الحرب الوطنى والحزب الاشتراكى (حزب مصر الفتاة) ويعتبر اشتراكا فى قيادة الحزب وادارته تولى مناصب الرئيس أو نواب الرئيس أو وكلائه أو السكرتير العام أو السكرتير العام المساعد أو أمين الصندوق أو عضوية الهيئة العليا للحزب ، ويخطر المدعى العام الاشتراكى مجلس الشعب وذوى الشأن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العمل بهذا القانون لبيان أسماء من ينطبق عليهم حكم الفقرة الأولى ولصاحب الشأن خلال عشرة أيام من تاريخ ابلاغه بذلك أن يتظلم إلى مجلس الشعب من ادراج اسمه فى هذا البيان اذا لم يكن قد تقلد أحد المناصب المشار اليها فى الفقرة الأولى ويبت المجلس فى التظلم بأغلبية أعضائه ، مع مراعاة حكم المادة ٩٦ من الدستور بالنسبة لأعضاء المجلس ، وعددت المادة ٥ أيضا طوائف أخرى يسري عليها الحظر الموجود بالمادة السابقة ونصت المادة السادسة على أنه يجوز للجنة المنصوص عليها فى المادة الثامنة من القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ ، أن

تصدر قرارا بحرمان أى شخص من الانتماء الى الأحزاب السياسية أو ممارسة أى حق أو نشاط سياسى اذا ثبت لها من التحقيق الذى يجزيه المدعي العام الاشتراكى وفقا لأحكام هذا القانون أنه أتى أفعالا من شأنها افساد الحياة السياسية فى البلاد أو تعريض الوحدة الوطنية أو السلام الاجتماعى للخطر أو قام بالدعوى أو الاشتراك فى الدعوة الى مذاهب تنطوى على أنكار للشرائع السماوية أو تتنافى مع أحكامها سواء كان ذلك بصورة فردية أو من خلال تنظيم حزبى أو تنظيم لنظام المجتمع ، ونصت المادة السابعة على أنه لا تسرى أحكام المواد الثلاثة السابقة على من يصدر بشأنهم قرارا بالعفو أو الاستثناء من رئيس الجمهورية وذلك بعد تاريخ العمل بهذا القانون ومن هنا بدأت اجراءات التقييد من حرية الأحزاب ووضع نصوص مطاطة يمكن حملها على كل الوجوه ووضعت سلطة الاتهام فى أيدى سلطة غير قضائية هى المدعى الاشتراكى لا تتمتع بالاستقلال المفترض فى الهيئات القضائية فضلا عن أن نص المادة الرابعة كان مقصوداً به حزب الوفد الجديد الذى أعلن تجميد نشاطه بعد صدور هذا القانون وهكذا بدأت التجربة الحزبية تهتز لوجود عديد من القيود التى تحول دون حرية انطلاق الأحزاب بعد طول غياب وأصبحت اختصاصات اللجنة المنصوص عليها فى المادة الثامنة من القانون ٤٠ لسنة ١٩٧٧ واسعة دون ضوابط وقيود عليها بل وأعطت المادة ١٠ من هذا القانون ، لهذه اللجنة سلطة ايقاف أى قرار أو نشاط لأى حزب من الأحزاب السياسية بناء على تقرير من المدعى الاشتراكى ، واذا علمنا أن أغلب أعضاء اللجنة هم من أعضاء حزب الحكومة ذى الأغلبية يبين لنا بوادر انهيار التجربة الحزبية ولم ينته الوضع على هذا الأساس ، بل عقب استفتاء

٢٠ أبريل سنة ١٩٧٩ صدر القرار بقانون ٣٦ لسنة ١٩٧٩ الذى بدد البقية الباقية من امكانية استمرار الحياة الحزبية ألا وهى وجود القضاء الادارى كفيصل فيما تصدره اللجنة المنصوص عليها فى المادة الثامنة من قرارات تمس الأحزاب حيث نص القرار بقانون على امكانية الطعن فى قرارات هذه اللجنة ليس أمام محكمة الاقضاء الادارى ، ولكن أمام الدائرة الأولى للمحكمة الادارية العليا ، التى يرأسها رئيس مجلس الدولة على أن ينضم لتشكيلها عدد مماثل من أعضاء مجلس الشعب يختارهم المجلس فى بداية كل دورة بين أعضائه وفقا للقواعد التى يضعها المجلس ، أى أنه استبدل برقابة القضاء رقابة أخرى تدخل فيها عناصر سياسية وبالطبع لن يختار مجلس الشعب الأغلبية من حزب مصر أعضاء من الأحزاب الأخرى للاشتراك فى عضوية تلك المحكمة ، واذا علمنا أن نص المادة ١٧ من هذا القرار بقانون تجيز لرئيس لجنة شئون الأحزاب السياسية أن يطلب من المحكمة الادارية العليا بتشكيلها الجديد بصفة مستعجلة حل الحزب وتصفية أمواله وتحديد الجهة التى تؤول اليها هذه الأموال بناء على تقرير من المدعى الاشتراكى استطعنا بسهولة أن ندرك أن تعدد الأحزاب أصبح بمثابة مسألة شكلية ، حيث أنه اذا لم يلتزم الحزب بالحدود التى يراها حزب الأغلبية جاز للأخير حل الحزب وأبقاؤه ومصادرة أمواله ووقف صحفه ونشاطه ، وتدعيما للجنة الأحزاب ، نصت المادة ٨ من القرار بقانون المعدلة للمادة الثامنة من القانون ٤٠ لسنة ١٩٧٧ على أن اجتماع اللجنة لا يكون صحيحا الا بحضور رئيسها وأربعا من أعضائها من بينهم الأعضاء المنصوص عليها فى البنود ٢ ، ٣ ، ٤ وهم وزير العدل ووزير الداخلية ووزير الدولة لشئون مجلس الوزراء أى أنه يمكن انعقاد اللجنة

بحضور واحد فقط من غير المنتمين للأحزاب السياسية وحتى بحضور الثلاثة فان رئيس اللجنة وثلاثة وزراء آرائهم ترجح آراء هؤلاء الثلاثة .

وهكذا سلم قانون الأحزاب السياسية بعد تعديله في ٣٠ مايو ١٩٧٩ مستقبل الأحزاب والنشاط الحزبي كله لتلك اللجنة السباعية التي لا يمكن بحسب تشكيلها وطبقا لإجراءاتها أن تكون محايدة أو حتى أن توحي بهذا الحياد(١) .

وقد تم تعديل القانون ٤٠ لسنة ١٩٧٧ بمقتضي القانون ١٤٤ لسنة ١٩٨٠ ولكن أهم ما ورد به من تعديلات هو استبدال رئاسة رئيس مجلس الشوري للأحزاب السياسية برئاسة أمين اللجنة المركزية ، كما صدر القانون ٣٠ لسنة ١٩٨١ ، بتعديل بعض أحكام القانون ٤٠ لسنة ١٩٧٧(٢) ، وأهم ما ورد من تعديلات هو أنه جعل في تشكيل المحكمة الادارية الدائرة الأولى المختصة بنظر الطعون على قرارات اللجنة السباعية عددا مماثلا من الشخصيات العامة يصدر باختيارهم قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية بدلا من أعضاء مجلس الشعب(٣) . ولقد نادى الفقهاء بالغاء هذه اللجنة السباعية التي تتحكم في مصير الأحزاب واستبدالها بنظام الأخطار عن نشأة الحزب وليكن نظر الاعتراض عليه من قبل محكمة القضاء الاداري أو على الأقل سحب التعديلات التي أقمحت

---

(١) د/ وحيد رأفت : دراسات في بعض القوانين المنظمة للحريات - منشأة المعارف - ١٩٨١ - ص٣٦ .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ١٨ في ٣٠ ابريل سنة ١٩٨١ .

(٣) انظر القيود الأخرى على الأحزاب وفقا لهذا القانون وانتقادات د/ وحيد رأفت له في مؤلفه سالف البيان - ص ٤٨ .

على قانون الأحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧[١].

وبعد أن أعلن الرئيس أنور السادات عن تأسيس الحزب الوطني فى أكتوبر سنة ١٩٧٨ انضم الى الحزب معظم أعضاء حزب مصر العربى الاشتراكي ، وأصبح الحزب بعد أن كان حزب الأغلبية الساحقة فى مجلس الشعب أصبح من أحزاب الأقلية ومن هنا ذهب بعض الفقهاء الى أن التجربة الحزبية قد تأثرت منذ بدايتها بعاملين أساسيين ، أولهما الركود السياسى والذى كانت منه البلاد فى ظل التنظيم الواحد والرأى الواحد حتى كاد الصدأ أن يقضى على ما تبقى لنا من تقاليد حزبية ورصيد حزبى أما العامل الثانى فيتمثل فيما نشأنا عليه وتوارثناه جيلا بعد جيل منذ عصر أجدادنا الفراعنة حتى يومنا هذا من عبادة السلطة والانجذاب الى صاحبها انجذاب الفراشة لمصدر الضوء ، يشجع على ذلك الاعتقاد الراسخ لدى الكثير من المواطنين أنه لا أمل فى قضاء مصالحهم أو رفع الظلم عنهم الا بالقربى الى ذوى النفوذ ، فالعيب ليس فى الحاكم ، بل فى الناس أيضا ، وهذا ما جعل مواطنينا يتكالبون على عضوية التنظيم السياسى أو الحزبى الذى تحتضنه السلطة أو يرأسه صاحب الأمر والنهى[٢] ، ويؤكد هذا التفسير أن الحزب الحاكم سواء كان حزب مصر أو الحزب الوطنى ، نلاحظ أن مؤسسة الرئاسة هى التى قامت بخلق الحزب عكس ما هو متبع فى الأنظمة الشمولية فى أوروبا كالنظام الفاشى أو النازى أو الأنظمة الاشتراكية حيث يبدأ الزعيم من الحزب ليصلا معا الى السلطة ، ولذلك

---

(١) د/ وحيد رأفت : المرجع السابق - ص ٤٤ ، وانظر د/ سعد عصفور - المرجع السابق - ص٦٣.

(٢) د/ وحيد رأفت : المرجع السابق - ص ٣٤ ، وانظر أسوار حول الحوار ، جلال الدين الحمامصى - الصادر عام ١٩٨٤ ، حيث اشار الى ظاهرة تقديس الرئاسة .

فان قيام رئيس الحكومة أو الدولة فى مصر بخلق الحزب ذى الأغلبية وترأسه له يعتبر ظاهرة منذ قيام الثورة ، وتظهر فى أشكال التنظيم السياسى التى كانت سائدة منذ قيامها وحتى صدور دستور ١٩٧١ ، سواء فى هيئة التحرير أو الاتحاد القومى أو الاتحاد الاشتراكى ، وامتدادا لهذه الظاهرة كانت رئاسة رئيس الحكومة لحزب مصر ثم رئيس الدولة للحزب الوطنى ومن هذا التلاحم بين الرئيس وتنظيمه السياسى انتحل التنظيم قدرا غير يسير من صلاحيات السلطة بالرغم من الادعاء انه تنظيم شعبى من الأساس ومما ورثه الحزب الديمقراطى الوطنى من بين ما ورثه من الاتحاد الاشتراكى بخلاف مقاره ومؤسساته وأرصدته تلك العلاقة الوطيدة مع مؤسسة الرئاسة منذ بدء تكوينه كمنبر عام ١٩٧٥ حتى رئاسة الرئيس أنور السادات له[١] ، ويوصف التحول الذى أصاب حزب مصر وجعله ينهار فى لحظة واحدة أن ذلك مشهد طبيعى يعتمد على أكثر من سبب ، ربما يكون أن أصله القريبى بين حزب مصر العربى وبين الاتحاد الاشتراكى كانت وثيقة الى الحد الذى صعب معه على الحزب الجديد أن يتحرك بدون غطاء الرئاسة وبمعنى آخر أنه كان مطلوبا فترة حضانة وصولا الى مرحلة الفطام وهو ما لم يمر به الحزب السياسى ، كما أن الكوادر التى شكلت الاتحاد الاشتراكى كانت هى بنفسها كوادر الحزب الجديد وهى بحكم تكوينها الذى غلب عليه الطابع البيروقراطى كان تتطلع الى عودة الرئيس الى المكان الذى اعتادوا أن يروه فيه ، مكان الصرارة فى تنظيمهم وكان مما ورثه الحزب الوطنى الديمقراطى أيضا عن الاتحاد الاشتراكى تركيبه ، صحيح أن هذا التركيب فى شكله العام يأخذ الشكل الحزبى المعروف غير أن الشكل لا ينم بدرجة

(١) د/ يونان لبيب رزق : الأحزاب السياسية فى مصر ١٩٠٧ - ١٩٨٤ - كتاب الهلال - ص٢٢٢.

كافية عن ميكانيزم الحزب وذلك لأن التركيب الذى يقوم من صنع كوادر الحزب عن طريق التعيين قد أدى فى النهاية الى أن تتم حركة الحزب من أعلى الى أسفل ، وأخيرا تمثل ممارسات الحزب الوطنى الديمقراطى الجانب الأخير من جوانب الارث الذى ناله من الاتحاد الاشتراكى وقد انبثقت هذه الممارسات من قناعة مؤداها أن الحزب تألف ليحكم ، لأنه حزب الأغلبية ، من ناحية ومن ناحية أخرى أن هناك قناعة أن النظام الدستورى المصرى ذاته لا يقوم إلا إذا كان رئيس الجمهورية هو رئيس الحزب الحاكم ، لأنه نظام رئاسى مأخوذ من فرنسا(١) .

من هذا العرض سنأتى الى آخر عناصر هذا الفصل وهو السلطة التشريعية فى ظل دستور ١٩٧١ ولكن يهمنا مما سبق ابرازه ان الحياة السياسية فى مصر وان كانت هناك أحزاب متعددة إلا أن هناك حزبا كبيرا ضخما الى حد كبير يحتل أعضاؤه أكثر من ثلثى مقاعد مجلس الشعب ، وان هذا الحزب كما أبرزت الدراسة السابقة ما زال الى حد كبير متشبعا فى تنظيمه بفكرة أنه تابع للرئيس أى أنه حزب الرئيس ، ولم ينبع منه الأخير وانما نبع الحزب منه وهو ما يجعل هذا الحزب مدينا بوجوده واستمراره لارادة هذا الرئيس على خلاف الأحزاب السياسية فى الدول الديمقراطية التى وإن رأسها رئيس الدولة إلا أنها هى التى جعلته كذلك وليست من ثم مدينة له بشئ وهذه النتيجة ذات أهمية قصوى عند حديثنا عن الإنحراف التشريعى فى ظل دستور ١٩٧١ .

---

(١) د/ يونان لبيب رزق : ص ٢٢٤ ، وهذه القناعة عبر عنها نائب رئيس الحزب ، وانظر د/يونان لبيب رزق ص ٢١٧ .

المبحث الثالث

السلطة التشريعية ودستور ١٩٧١

لا يمكننا أن نتحدث عن السلطة التشريعية ، فى مصر فى ظل دستور ١٩٧١ ، دون أن نبدأ الكلام عن الانتخاب ومن يقومون بها أى هيئة الناخبين وعن المرشحين بوصف أن عملية الانتخاب ، هى أولى الخطوات لتكوين هذه السلطة ، وعلى ضوء القاء نظرة على طبيعة هيئة الناخبين وعلى الشروط المطلوبة فى المرشحين يتضح الى حد كبير مدى مثالية هذه السلطة .

ولقد أشرنا فيما سبق الى العيوب التى تعتور تشكيل هيئة الناخبين والمرشحين لعضوية مجلس الشعب (أو البرلمان أو مجلس الأمة) ، فيما سبق وفقا للتطور التاريخى الذى تسير عليه ، وللأسف فان الغالبية العظمى من هذه العيوب الجوهرية ما تزال موجودة فى ظل دستور ١٩٧١ ، وأهمها هى عدم اشتراط معرفة القراءة والكتابة بالنسبة للناخبين وشرطى الكفاءة والتمثيل الشعبى بالنسبة للمرشحين ولقد أشرنا فيما سبق إلى أن أعطاء الأميين حق الانتخاب يتنافى مع ما توجبه عملية الانتخاب ذاتها من سرية من ناحية ومن ناحية أخرى تجعل من السهل التأثير عليهم وتزوير أصواتهم فضلا عن أن فى دساتير الثورة جميعها وآخرها دستور ١٩٧١ حيث تنص المادة ١٨ منه على أن التعليم حق تكلفه الدولة وهو الزامى فى المرحلة الابتدائية وتعمل الدولة على مد الالزام الى مراحل أخرى ، فليس هناك ثمة عقبة أمام من يريد أن يحتفظ بحقه السياسى فى الانتخاب من تعلم القراءة والكتابة على الأقل حتى يضمن حقه فعلا فى اختيار مرشحه

فما قيمة القول والاحتجاج بمبدأ المساواة فى حين أن الأمى ليس هناك من ضمان بألا يذهب صوته الى غير ما يريد ومن ناحية أخرى لم تعد عملية الانتخاب حقا مطلقا بل وظيفة الغرض منها تعيين أعضاء البرلمان كما أن أغلب الدساتير الأوربية لم تصل الى تقرير حق الاقتراع العام غير المقترن بشروط مالية أو بالكفاءة ، إلا بعد أن وصلت الى مرحلة من التقدم والرقى بحيث أصبحت نسبة الأمية شبه معدومة فيها ويجدر بنا أن ننوه الى وجوب التفرقة بين الاقتراع العام المقترن بشرط كمعرفة القراءة والكتابة وذلك المقترن بشروط مالية ، فالأخير فقط هو الذي يتنافى مع مبدأ المساواة أما الشرط الأول فهو أمر تستلزمه طبيعة عملية الانتخاب ذاتها فمنح حق التصويت يفرض على المواطن الذى يتمتع بهذا الحق واجبات تبرر منحه هذا الحق منها قدرته على تمييز وادراك ما يسند إليه من أعمال فان لم يستطع القيام بالواجبات المفروضة عليه ، كان منحه هذا الحق من قبيل العبث ، فما الفائدة من منح حق لشخص لا يعرف ولا يستطيع استعماله ، ففى ظل هذه الظروف يؤدى الاقتراع العام الى مصادرة سيادة الشعب لصالح طبقة أو ليجارشيه أو لصالح زعماء القبائل أو العصبات(١) ، فاذا تركنا هذا العيب الجوهري الذى يضعف هيئة الناخبين عندنا آخذين فى اعتبارنا أننا نبرز أهم عيوب عملية الانتخاب ككل ولا نتناول تفاصيلها(٢) ، فاذا انتقلنا الى المرشحين وجدنا أن المادة الخامسة من

---

(١) د/ سعاد الشرقاوى وعبدالله ناصف : نظم الانتخابات فى العالم وفى مصر – ص ٣٨ ، ٣٩ ، وانظر محاضرات د/ عبدالحميد متولى – فى اصلاح نظام الانتخاب فى مصر عام ١٩٥٢ ، وكأنه لم يكف أكثر من ثلاثين عاما لتدارك هذه الخطأ ولو كانت الثورة قد أولته اعتبارها لكفاها بمحو الأمية انجازا لا يمكن أن ينكسر وانظر د/ محمود عيد – رسالته حول نظم الانتخابات – سابق الاشارة اليها ، د/ وحيد رأفت – نظامنا الانتخابى – سابق الاشار اليه .

(٢) لمزيد من التفصيل حول الجداول الانتخابية ودقائق علمية الانتخاب ، د/ وايت ابراد =

القانون ١٨ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقوانين ١٩ لسنة ١٩٧٦ ، ١٤ لسنة ١٩٧٧ ، ١١٤ لسنة ١٩٨٣ والتى أحال اليها الدستور المادة ٨٧ لتحدد الشروط الواجب توافرها فى أعضاء مجلس الشعب ، قد عددت هذه الشروط بأن يكون مصرى الجنسية وأن يكون اسمه مقيدا فى أحد جداول الانتخاب وأن يكون بالغا من العمر ثلاثين سنة ميلادية ، وأن يجيد القراءة والكتابة وأن يكون قد أدى الخدمة العسكرية وألا تكون قد سقطت عضويته بقرار من مجلس الشعب أو الشورى ، وألا يكون من الفئات المنصوص عليها فى المواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى ، وألا يكون قد صدر ضده حكم من محكمة القيم بحرمانه من الترشيح للمجالس النيابية .

واذا كان الكلام عن حرمان بعض الأشخاص من حق الترشيح ، انما يعنى فى ذات الوقت دراسة مسألة دستورية هذا الحرمان وخاصة أن الدستور كفل حق مباشرة الحقوق السياسية للمصريين ، الا أنه بعيدا عن النظر فى هذا الشرط كشرط دستورى أم لا فانه بالقطع لا يتلائم مع دولة تدعى ديمقراطية نظامها ، لأن هذا النظام نظام العزل السياسى أو الموت المدنى ، كما سماه الرومان قديما انما يتفق مع النظم الديكتاتورية فقط ، أما النظم الديمقراطية فلا تعرفه وعلى كل فان ما نود الاشارة اليه مرة ثانية ما يشترطه القانون فى المرشح من معرفة القراءة والكتابة فقط أى أن

= المرجع السابق ، د/ عبدالله ناصف وسعاد الشرقاوى - نظم الانتخابات - ص ١٦٠ ، وتظهر المقارنة بين المؤلفين بقاء نفس العيوب الأخرى التى تشوب الانتخاب بالرغم من وجود فارق أكثر من ثلاثين عاما بين المؤلفين وانظر كثرة طوائف المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية وأهمهم الفئات الواردة طبقا لقانون حماية الجبهة الداخلية ، المادة الرابعة وان المشرع المصرى اعاد نظام العزل السياسى الذى كان موجودا أثناء الثورة ، د/ عبدالله ناصف - المرجع السابق - ص ١٨٠ ، د/ سعد عصفور - الدستور المصرى - ص ١٤٠ .

عضو مجلس الشعب يمكن ألا يكون حاصلا على أى مؤهلات دراسية مع ملاحظة مجانية التعليم التى كفلها الدستور ، وسبق وأوضحنا أن هذه المعرفة للقراءة والكتابة لا تكفى لمباشرة النائب لمهامه النيابية من مراقبة للحكومة وحق اقتراح القوانين وما يتطلب ذلك من دراسة القوانين السابقة وهو أمر يشق على المتخصص فى القانون ، فكيف يمكن لمن يعرف فقط القراءة والكتابة فوظيفة التشريع تتطلب مؤهلات خاصة مثلها مثل أى وظيفة أخرى ، بل تتطلب من المؤهلات ما هو جدير بصاحب أكبر سلطة فى الدولة فكيف يستوى عضو مجلس الشعب مع أقل الموظفين فى الدولة ممن يتطلب القانون المامهم بالقراءة والكتابة ، وعلى حد قول أحد الفقهاء كيف نسلم أنفسنا لأشخاص غير متعلمين؟[1] ، وترتب على عدم وضع حد أدنى للمؤهل الواجب فى عضو المجلس أن أبرزت أحدى الاحصائيات أن حوالى ١٣٠ من أعضاء الحزب الحاكم لم يشتركوا فى المناقشات البرلمانية طوال فصل تشريعى كامل (خمس سنوات من ١٩٧٩ - ١٩٨٤) ، بالإضافة الى أن ظاهرة الغياب عن حضور الجلسات ظاهرة شائعة قدرتها الاحصائية بـ ٥٠٪ من الأعضاء[2] ، ويرجع هذا التخلف عن المناقشة فى رأينا فى المقام الأول الى ضعف الكفاءة لدى أعضائه ، وليس أدل على ذلك من الطعون حول مدى معرفة الأعضاء للقراءة والكتابة !!![3] ، فهل مما يرضى

(١) انظر الأعمال التحضيرية للدستور وما انتهت اليه محاضر لجنة الادارة المحلية والقوانين الأساسية بالاجماع على ضرورة حصول المرشحين على شهادة الاعدادية أو ما يماثلها ، ص ١٥ ، وانظر الاقتراحات البناءة الأخرى التى وافقت عليها اللجنة وانظر رأى د/ ثروت بدوى ، حول وجوب تشكيل حكومة مؤقتة محايدة لتشرف على أجراء الانتخابات ، على ان تحل مباشرة عقب اعلان النتيجة ، وبالرغم من وجاهة هذا الرأى فقدرفضته اللجنة .

(٢) انظر عدد جريدة الأهالى فى ١٩٨٤/٤/٢٥ الصفحة الثالثة حيث أوردت أسماء الأعضاء الذين لم يتكلموا طوال الدورة ، وأبرزت من خلال المضابط عدد المتخلفين عن حضور الجلسات .

(٣) ومن الأمثلة الصارخة على ذلك ما انتهت اليه محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا=

أنصار الديمقراطية والمساواة أن القائمين على شئون التشريع يعرفون بالكاد القراءة والكتابة .

ثم نأتي بعد ذلك الى اظهار بعض العيوب التى تشوب تكوين مجلس الشعب ذاته (بعد اتمام الانتخاب) ومنها تخصيص نسبة معينة لطوائف معينة فى تكوين المجلس والسماح للموظفين والعاملين بالجمع بين عضوية مجلس الشعب وبين الاحتفاظ بوظائفهم وميزاتها وتدخل الحكومة بتعيين عدد من الأعضاء بالمجلس .

فأما عن تخصيص نسبة معينة لطوائف بذاتها فى تكوين المجلس ، فيظهر ذلك ما نص عليه الدستور فى المادة ٨٧ منه أن يحدد القانون الدوائر الانتخابية التى تقسم اليها الدولة وعدد أعضاء مجلس الشعب المنتخبين على ألا يقل عن ثلاثمائة وخمسين عضوا نصفهم على الأقل من العمال والفلاحين ويبين القانون تعريف العامل والفلاح وسبق أن أبرزنا مدى ما فى تخصيص نسبة معينة لطوائف خاصة من اهدار للديمقراطية متمثلا فى حجز مقاعد لهذه الطوائف دون الطوائف الأخرى فالأمر لا يحتمل الا حلا من اثنين انه اذا أريد لمثل هذا التمثيل النسبى أى يسرى فلابد من وجود نظام المجلسين مجلس به تمثيل لهذه المصالح وتوزع النسبة توزيعا عادلا ومجلس آخر ليس به التوزيع ويترك الناخبون أحرارا فى اختيار مرشحيهم ، أما قيام مجلس واحد وحجز بعض المقاعد لفئات معينة ، فهذا

= من علم توافر شرط معرفة القراءة والكتابة فى العضو السيد محمد القدح ومع ذلك وبالرغم من صدور هذه الأحكام إلا أن مجلس الشعب لم يحرك ساكنا ازاء تخلف شرط جوهرى فى أحد اعضائه يجعله غير أهل للعضوية ، انظر حكم محكمة القضاء الادارى فى صحة عضوية السيد محمد القدح ، القضية ٤٠٨٧ لسنة ٣٨ ، جلسة ١٩٨٤/٥/٢٦ وتأييد المحكمة الادارية العليا لهذا الحكم فى الطعن رقم ٢٢٨٨ لسنة ٣٠ ، جلسة ١٩٨٥/٤/١ .

ليس من الديمقراطية فى شئ ، بل هو بمثابة الحجر الحقيقى على ارادة الناخبين فليس المقصود بالبرلمان أن يكون ممثلا عدديا لطوائف الأمة بل المقصود به أن يكون معبرا عن ارادتها ازاء السلطة التنفيذية ، وان الناظر الى الدستور يجد أنه فى الفرع الثالث منه أفرد هذا الفرع للادارة المحلية ونص على المادة ١٦٢ ، ١٦٣ منه على تشكيل المجالس الشعبية المحلية تدريجيا على مستوى الوحدات الادارية عن طريق الانتخاب المباشر ، ولقد كان هذا النص جديرا به أن يعمل على تنمية الديمقراطية الحقة ، وذلك بوجود مجالس المدن والقرى والمحافظات حيث يشارك الأفراد مشاركة مباشرة فى ادارة شئونهم وهو ما يكفل أن تكون المجالس الشعبية جميعها ممثلة تمثيلا صحيحا لأفراد الوحدة المحلية ، ولكن الدستور أضاف أيضا شرط وجوب أن يكون نصف أعضاءها من العمال والفلاحين ، مما يؤدى إلى انهيار الفكرة ذاتها لأن اختصاصات هذه المجالس اختصاصات محلية لن يتسنى تولى منصب شعبى فيها الا على ضوء مشاركة فعالة من قبل الناخبين لأعضاء هذه المجالس المحلية ، فهنا قد تكون هناك مجالس شعبية بالكامل من الفلاحين فى المناطق الريفية ومن العمال فى المناطق الصناعية ومن الفئات فى المناطق الحضرية ، ولكن تكبيل ارادة الناخبين حتى فى مثل هذه المجالس ، لا يساعد اطلاقا على تنمية وتطوير فكرة الديمقراطية الصحيحة التى تقوم عليها هذه المجالس الشعبية وفضلا عما أدى اليه التطور الاقتصادى من ارتفاع دخل الفلاحين المستأجرين أو الملاك للأرض من اختلال فى ميزان القوى الاجتماعى ، فأضحت هناك طائفة من الفلاحين غير مباشرين للزراعة والموظفين الحكوميين ممن يمثلون سواد الشعب ، هم الآن جديرون بالحماية فهل تقرر لهم عددا معينا من الممثلين لأنهم فى ظل

قوانين الإصلاح الزراعى وقلة دخول الموظفين بالنسبة لارتفاع الاسعار أصبحوا هم المستغلون من قبل مؤجرى الأرض وطائفة التجار والرأسماليين فضلا عن أن فى تعريف العامل[١]، بأنه من يعمل عملا يدويا أو ذهنيا فى الزراعة أو الصناعة أو الخدمات ويعتمد بصفة رئيسية على دخله الناتج من هذا العمل ولا يكون منضما لنقابة مهنية أو مقيدا فى السجل التجارى أو من حملة المؤهلات العليا هذا التعريف فيه قلبا للأوضاع الصحيحة فيجعل العامل فى المصالح الحكومية الحاصل على مؤهل أقل من المتوسط أو متوسط أو أعلى من المتوسط ، يستطيع الترشيح على أنه عامل فى حين لا يستطيع ذلك زميله الذى يقوم بنفس العمل لأنه حاصل على مؤهل عال فى حين أن قيد الحصول على مؤهل عال غير موجود بالنسبة للترشيح لطائفة الفئات ، فيستطيع العامل والفلاح الترشيح على أى الصفتين ، عامل أو فلاح أو فئات فى حين لا يستطيع الحاصل على مؤهل عال أن يرشح نفسه عن العمال بل عن الفئات فقط ، وهى مقارنة تبرز مدى نسبية التعريف وهو لا يتفق فى أى حال من الأحوال مع التطور الاقتصادى للمجتمع فضلا عن أن ممثلى الفلاحين فعلا فى البرلمان ليسوا من العمال الزراعيين بل هم من ملاك الأرض جميعا وفقا للدراسة التى تمت على أعضاء مجلس الشعب من الفلاحين وأنهم من ميسورى الحال بالطبع والا ما تكبدوا نفقات عملية الانتخاب فوصف الفلاح الذى يستطيع بالذهن عن أنه الشخص المعدم المستغل من قبل الملاك لا ينطبع أبدا فى ظل انتخابات حرة أن يمثل بالبرلمان وفقا لطبيعة التكوين الاجتماعى بالريف والتى تتطلب

---

(١) القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب - المادة الثانية معدلة بالقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٦ .

احترام صاحب الهيئة والنفوذ فى القرى وهم بالطبع لا يمكن إلا أن يكونوا من ملاك الأرض[١].

ولقد أبرزت احدى الدراسات على اتجاهات أعضاء مجلس الشعب عددا من النتائج الهامة على أعضاء مجلس الشعب لعام ١٩٧٦[٢]، فبتحليل نسبة عدد أعضاء المجلس وجد أن ١و٤٨٪ منهم فئات و٢و٣٢٪ عمال و٧و١٩٪ فلاحين مع أن المفروض أن نسبة المشتغلين بالزراعة والفلاحين هى فئة ضخمة كبيرة[٣]، وبدراسة الأعضاء فى عدة محافظات وجد الباحث أن نسبة الفئات مرتفعة فى محافظات تغلب عليها الزراعة

(١) أنظر رسالة الماجستير غير المنشورة ، جامعة عين شمس ، قسم الاجتماع ، كلية الآداب ، الانتماءات الاجتماعية لأعضاء التنظيمات السياسية دراسة على أعضاء مجلس الشعب من الممثلين لفئات الفلاحين ، ١٩٨١ ، اعداد هدى مصطفى محمد سعد ، ص ٤٠٥ ، حيث أبرزت الاحصائية حصول ٨٠٪ من الأعضاء على أرضهم عن طريق الوراثة ص ٤٠٣ ، حيث أثبت البحث أن عائلات أغلب الخاضعين للبحث تملك أكثر من ٥٠ فدانا وتصل الى ١٠٠ فدان عند البعض ممن لهم صفة الفلاحين ص ٤٨٣ ، حيث أثبت البحث حيازة ٩٠٪ من المبحوثين لسيارات خاصة ومنهم من حائز لأكثر من سيارة ، كما أن أغلب المبحوثين قرروا أن من عوامل نجاحهم الانتماء الى عائلة كبيرة لها عصبية والمجاملة وتقديم الخدمات الشخصية ص ٥١١ ، بل أن نسبة ضئيلة من المبحوثين أقروا بصراحة أن ممثلى الفلاحين لا يمثلونهم فعلا وهذا ما يبرزه أن أكثر من ٦٠٪ من المبحوثين طالبوا بتغيير أشكال العلاقة الايجارية بجعلها مزارعة وهو ما يبرز طابع الملاك فيهم ، كما أن نسبة منهم - ص ٥١٩ ، طالبوا برفع الحدود القصوى للملكية ، وانظر فى الثورة والتغيير الاجتماعى ربع قرن بعد ثورة ٢٣ يوليو السيد ياسين ، مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، ص ٧٨ ، حيث يبرز أثر ثورة يوليو فى البناء الاجتماعى، وانظر رسالة ماجستير ، غير منشورة للأستاذ عبدالوهاب ابراهيم ، عن أثر اعادة توزيع الملكية الزراعية على البناء الاجتماعى فى قرية مصرية ، رسالة ماجستير - كلية الآداب - قسم الاجتماع - جامعة عين شمس ١٩٧٣ ، وانظر د/ عاطف فؤاد - رسالته سالفة البيان عن السلطة والطبقات الاجتماعية فى مصر .

(٢) الاتجاهات الجديدة فى مجلس الشعب ، السيد ياسين ، مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية عام ١٩٧٦ .

(٣) انظر الكتاب الاحصائى السنوى لجمهورية مصر العربية ، ١٩٧٨ يوليو١٩٧٩ ، ص١٩٧٦ .

كمحافظات الشرقية والمنوفية بل ان محافظة كالقليوبية ذات كثافة عمالية كبيرة بلغ عدد الأعضاء الممثلين لها ١٤ عضوا من بينهم ٤ عمال فقط بينما يمثلها ٧ فئات وتصاعدت نسبة الفئات فى محافظات الصعيد وانتهى الباحث الى أن تفسير ذلك يرجع الى أن أغلب الناخبين ذوى اعتقاد بأن الفئات هم أكثر الناس قدرة على التعبير عن مطالب ناخبينهم(١) ، كما أبرزت الدراسة أن ٢٣٪ فقط من الأعضاء هم فعلا من هذه الطبقة بما يبرز أن الناخبين يتمتعون بقدر كبير من الوعى أكثر مما يفترضه القانون فيهم بوجوب انتخاب نسب معينة من فئات خاصة قد لا تعبر حقيقة عن مصالح هذه الفئات وأن المكان الحقيقى لمثل هذه القيود فى رأينا هى المجالس المحلية لا النيابية .

ونأتى الى امكانية الجمع بين عضوية المجلس وبين الاحتفاظ بالوظيفة حيث أجازت المادة ٢٤ من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ذلك ، وهذا النص يقوى من سيطرة الحكومة على المجلس بما يمكنها من تحكم فى المزايا المالية التى تصرف للعضو من جهة عمله الأصلى ، فضلا عما يؤدى اليه هذا المبدأ من مخالفة لمبدأ المساواة بين العضو المنتخب الموظف وزملاءه الآخرين وهذا الجمع بين عضوية مجلس الشعب وبين الاحتفاظ بالوظيفة يجب أن يلغى تأمينا لاستقلال أعضاء المجلس فى مواجهة الحكومة(٢) .

---

(١) الاتجاهات الجديدة ، ص ٣٤ .

(٢) د/ عصفور : مشكلة الضمانات والحريات فى مصر ص ١٠١ - مجلة المحاماة - السنة ٥٦ العددان الثالث والرابع مارس وأبريل ١٩٧٦ ، وأنظر رفض أغلب أعضاء مجلس الشعب لهذا الجمع فى الاتجاهات الجديدة فى مجلس الشعب ، ص ٢٥ ، حيث قرر ٧٨٪ من عينة البحث ذلك ، وانظر فيما سردناه عن وسائل التأثير على الأعضاء ما أثير حول جواز حصول أعضاء مجلس الشعب الموظفين على حوافز من عملها مع أنهم متفرغين لعملهم ورفض مجلس الدولة لذلك المبدأ أو محاولة الأعضاء استصدار تشريع يبيح لهم ذلك - جريدة الوفد العدد =

وللتدليل على خطورة ما أجازه القانون ٢٨ لسنة ١٩٧٢ من الجمع بين شغل بعض الوظائف وعضوية مجلس الشعب ، فضرب مثلا صارخا لخطورة هذا الجمع على استقلال عضو البرلمان فطبقا للقانون ٢٨ لسنة ١٩٧٢ فقد أجاز جمع رؤساء مجالس ادارات الهيئات العامة والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها وعضوية البرلمان ، وذلك بعد موافقة مكتب مجلس الشعب على ذلك ، فقد أصدر وزير التموين قراره بتنحية رئيس وأعضاء مجلس ادارة احدى الشركات القطاع العام العاملة فى مجال القطن نظرا للمخالفات الصارخة التى قام بها مجلس الادارة ورئيسه ووصل الأمر الى إحالة هؤلاء الى النيابة العامة ولا غرابة فى هذا الأمر ، انما تظهر المفارقة من أن رئيس مجلس ادارة هذه الشركة هو أحد زعماء احزاب المعارضة وهو فى ذات الوقت عضو بمجلس الشورى وكان قبل ذلك عضوا بمجلس الشعب ، وهو ما يوضح الى أى مدى تكون معارضة هذا الحزب الذى يملك الوزير أن ينحى رئيسه عن الشركة التى يرأسها ، فاذا كان هذا الجمع بهذه الشكلية فى خصوص علاقة حزب المعارضة بالحزب الحاكم فكيف يكون الأمر لو أن عضو مجلس الشعب الذى يعمل بالحكومة أو القطاع العام كان منتميا إلى نفس الحزب الحاكم بالطبع يظهر هذا المثال مدى ما فى الجمع بين الوظيفة وعضوية مجلس الشعب من هدم لدور المجلس الرقابى وهو من أهم أدواره[١].

= ١٩٨٤/١٢/٦ ، وانظر محضر الاجتماع العاشر للجنة الادارة المحلية والقوانين الأساسية التى كلفت بوضع الدستور ص ٢٥ ، التى انتهت الى عدم جواز الجمع بين الوظيفة والعمل التشريعى.

(١) عضو مجلس الشورى ورئيس مجلس ادارة شركة القطن هو الاستاذ مصطفى كامل مراد ورئيس حزب الأحرار ، وانظر مفارقة أخرى فى وجود احدى أعضاء مجلس الشعب تعمل بالعلاقات العامة بوزارة التموين فى مقالة للاستاذ عبدالحميد يوسف ، وضع قانون متعارض يستحق =

وكذلك نص الدستور فى المادة ٨٧ على جواز أن يعين رئيس الجمهورية فى مجلس الشعب عددا من الأعضاء لا يزيد على عشرة ، وهذا النص ان كانت له مبرراته فى حالات الانتخاب الفردى حيث قد يمنع هذا النطاق من دخول بعض الكفاءات للحزب إلا أنه لا مكان له فى ظل النظام الحزبى من ناحية ونظام الانتخابات بالقائمة من ناحية أخرى لأن النظام الحزبى يمنع أن يؤدى هذا النص الى جواز أن يرجح رئيس الجمهورية كفة أحد الأحزاب على الأخرى بتعيين عشرة من أعضائها بالمجلس بما يمكنها من تشكيل الحكومة فضلا عن أن نظام القوائم يتيح لجميع الفئات أن تشارك فى الانتخاب لأنه فى النهاية ترجيح لكفة حزب على آخر دون أن تتدخل فيه عوامل ترجيح أحد الأفراد دون الآخر فيمكن عندئذ أن تتضمن قوائم الأحزاب عددا من أصحاب الكفاءات وتصدرهم القائمة ويلاحظ أن هذا الشرط فى الدستور ينبئ عن طبيعة الدستور قبل تعديله وان لم يتجه الى تقبل نظام الأحزاب والا فكيف تعطى لرئيس الجمهورية سلطة تعيين عشرة أعضاء فى البرلمان بما يمكن أن يرجح كفة أحد حزبين حازا على أغلبية أصوات الناخبين بالتساوى أو بفارق ضئيل بينهما ومن هنا وازاء النص الجوازى فان رئيس الجمهورية يجب فى ظل النظام الحزبى والانتخابات بالقائمة أن يمتنع عن أعماله ولكن هذا الوجوب يتصل بسلطة رئيس الجمهورية فلا الزام عليه بذلك ومن هنا كان هذا النص من الممكن أن يؤدى الى وصول حزب حائز على أقل من نصف مقاعد البرلمان ولكن يضم عشرة أعضاء آخرين له تكون له الأغلبية وهو أمر غريب عن النظام السياسى للدول الديمقراطية ذات النظام الحزبى .

= المناقشة حيث أورد تعليقه على هذه الأوضاع وأسبابها ووسيلة ووجوب الغاء هذا الجمع ، جريدة أخبار اليوم ١٩٨٥/١١/٩ ، الصفحة الثامنة .

ونأتي الى ما ابتدعه الدستور بعد تعديله من انشاء مجلس الشورى ليكون جهة يؤخذ رأيها فى عدة أمور نصت عليها المادة ١٩٥ من الدستور بعد أستحداثها وفقا لتعديل الدستور الذى تم فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ ، ومن هذه المسائل مشروعات القوانين التى يحيلها اليه رئيس الجمهورية . ويبلغ المجلس رأيه فى هذه الأمور الى رئيس الجمهورية ومجلس الشعب وهكذا ابتدع مجلس جديد ليست له ثمة سلطات تشريعية ولكن الدستور نص على انتخاب ثلثا أعضاءه على أن يكون نصفهم من العمال والفلاحين ولا ندرى ما قيمة رأيه هذا فى مشروعات القوانين ونرى أنه من الممكن أن يتحول هذا المجلس إلى مجلس للشيوخ ولكن بإضفاء سلطات تشريعية عليه والغاء نسبة ٥٠٪ عمال وفلاحين الواردة به[١].

واذا جئنا أخيرا الى طبيعة ومركز السلطة التشريعية فى ظل دستور ١٩٧١ فيمكننا القول أنه نيتجة لقيام الدستور على مبدأ سيادة القانون ، فان أداة الحكم الرئيسية كانت هى القوانين لا القرارات بقوانين ، كما كان الواقع ابان دساتير الثورة ، ولقد تبوء مجلس الشعب مركزه كسلطة للتشريع، ولكن هناك عاملين أساسيين جعلا مجلس الشعب فيما يصدره من قوانين معبرا عن رأى رئيس الجمهورية فى أغلب هذه القوانين التى تتصف بعض منها بعدم الدستورية والانحراف التشريعى ، وهذين العاملين هما العامل الحزبى وإصدار رئيس الجمهورية للقرارات بقوانين سواء بناء على

(١) انظر رأى د/ عبدالله ناصف ود/ سعاد الشرقاوى - نظم الانتخابات - المرجع السابق - ص ٦٤ ، حيث يأخذان بهذا الرأى الذى سنفصله فيما بعد ، وانظر فكرة الباحثين الأجانب عن السلطة التشريعية فى مصر عاموس ابلون حيث ذهب بخصوص البرلمان المصرى الى أن البرلمان على غرار البرلمانات الشرقية فلا يزال مجلس الشعب المصرى يبصم الى حد كبير على القرارات التنفيذية وتفق الحكومة فى اختيار انتخاب أعضائه .

تفويض أو فى غيبة مجلس الشعب ، وتمثل العامل الحزبى فى أن انتخابات عام ١٩٧٦ التى اسفرت عن حصول تنظيم الوسط على ٢٨٠ مقعدا من إجمالى عدد مقاعد المجلس - بينما حصل اليمين على ١٢ مقعدا واليسار لم يحصل الا على مقعدين وحصل المستقلون على ٤٨ مقعدا ، أى أن حزب مصر الحاكم حاز ٨١٪ من مقاعد البرلمان واذا علمنا انهيار هذا الحزب بين عشية وضحاها وانتقال الغالبية العظمى من أعضائه الى الحزب الوطنى برئاسة الرئيس أنور السادات بدا لنا أن تأثير الرئيس كبير على الحزب أما فى انتخابات عام ١٩٧٩ فقد أسفرت عن حصول الحزب الوطنى على أكثر من ٩٠٪ من مقاعد المجلس وفاز بـ ٣٤٣ مقعدا ، بينما حصل حزب العمل على ١٠ مقاعد كما فاز حزب الأحرار بثلاثة مقاعد وسارع بعض المستقلين للانضمام للحزب الحاكم وكذلك بعض أعضاء حزب العمل حتى لم يبق له سوى ١٢ عضوا فقط فى عام ١٩٨١ وهذه الانتخابات تدخلت فيها الحكومة تدخلا كبيرا[١] ، وفى انتخابات عام ١٩٨٤ ووفقا للطريقة المبتدعة للانتخابات بالقائمة النسبية مع شرط الحصول على ٨٪ من أصوات الناخبين وأدت هذه الطريقة المبتدعة الى أن الحزب الوطنى حصل على ٩٨٧و٧٢٪ من أصوات الناخبين فى حين حصل على أكثر من ٨٥٪ من مقاعدة المجلس (٣و٨٧٪ ، حيث حصل على ٣٩١ مقعدا) فى حين حصل حزب الوفد على ١١٥و١٥٪ من الأصوات ولم يحصل إلا على أقل من ١٣٪ من مقاعد المجلس ، فى حين أن حزب العمل حصل على ٧٣٠و٧٪ من أصوات الناخبين ولم يمثل فى المجلس ، وكذلك حزبى التجمع والأحرار ويلغ عدد الأصوات التى لم تمثل أكثر من نصف مليون

(١) د/ وحيد رأفت : القوانين المنظمة للحريات ص ٣٠ ، وانظر مجلة السياسة الدولية ، حديث هيرمان ايلنتس عن تدخل الحكومة فى الانتخابات عدد سنة ١٩٨٠ .

صوت من إجمالى عدد الذين أدلو بأصواتهم وهم خمسة ملايين و٣٢٣ ألف مواطن[١]، أى أنه إما أن تكون الحكومة قد تدخلت تدخلا كبيرا فى الانتخابات لانجاح مرشحيها أو ابتدعت من القوانين ما يضمن لها أغلبية ساحقة فى المجلس ، فطبيعة تكوين مجلس الشعب تبرز وجود حزب كبير ضخم جدا وأحزاب صغيرة بجانبه ، بل أن هناك حزب واحد يفوق بقوته حزب الأقلية بمقدار ستة أضعاف عدد أعضائه هذا التكوين أدى الى بروز دكتاتورية الحزب الحاكم أو حزب الأغلبية أو ما يمكن أن يسمى باستبداد البرلمان حيث لا تعوق مشروعات القوانين التى يريد الحزب امرارها أية عوائق ، وهو ما يتمثل فى الكم الهائل من القوانين التى طعن بعدم دستوريتها ، والتى صدرت فى ذلك العهد وهناك قانون الانتخابات الصادر فى عهد الرئيس مبارك وسنتناوله فيما بعد بالبحث كما أنه فى عهد الرئيس السادات لساء المجلس بمجلس الشعب استعمال سلطة التفويض التى منحها أياه الدستور فى المادة ١٠٨ ، حيث نص الدستور على أنه لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون فيما يتعلق باعتمادات التسليح والاعتمادات الأخرى اللازمة للقوات المسلحة[٢].

وظل هذا القانون يعطى هذه السلطة لرئيس الجمهورية الى وقتنا هذا[٣]، أى أن سلطة رئيس الجمهورية فى هذا المجال أصبحت سلطة

(١) الأخبار ٣٠ مايو سنة ١٩٨٤ .

(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٣٣ فى ١٧ أغسطس ١٩٧٢ .

(٣) آخر هذه القوانين القرار بقانون ٣٤ لسنة ١٩٨٣ - جريدة رسمية عدد ٢٧ فى ١٩٨٣/٧/٧.

أصلية ، وبالطبع أهمل نص الدستور على وجوب التفويض عند الضرورة فليس هناك ضرورة على هذا التفويض بعد حرب أكتوبر ، مما يؤدى الى انفراد الرئيس بهذه السلطة التى هى فى الأصل من سلطات مجلس الشعب وهناك كذلك القانون ١٩ لسنة ١٩٧٤ والخاص بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون فى مجال الانتاج الحربى وظل هذا القانون يمد العمل به حتى عام ١٩٨٢[١].

وهناك القانون ١٠٣ لسنة ١٩٨٠ بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات بقوانين فى شأن تأمين اقتصاديات البلاد الذى مد العمل به بمقتضى القانون ٥٦ لسنة ١٩٨١ والقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٣ فليست هناك ضرورة لهذا التفويض ، وليس هذا التفويض فى الأحوال الاستثنائية بل ان امتداد العمل بهذه القوانين يبرز أنها أصبحت أحوالا عادية وليست استثنائية .

كما أن المادة ١٤٧ من الدستور تنص على أنه إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع فى انجاز تدابير لا تتحمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون ، أى أن هذه القرارات بقوانين مرتبطة بحدوث ما يوجب الاسراع الى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير وبغيرها ينهار أساس اعطاء رئيس الجمهورية لهذه السلطة ولكن فى عام ١٩٧٩ على سبيل المثال صدر القرار بقانون ٤٢ لسنة ١٩٧٩ بشأن قواعد مد خدمة العاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام[٢] ،

---

(١) القانون ٤٧ لسنة ١٩٨٢ - جريدة رسمية ٢٥ مكرر فى ١٩٨٢/٦/٢٦ .

(٢) جريدة رسمية - العدد ١٥ - الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٧٩ .

والقرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون نظام الحكم المحلى[١]، والقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية[٢]، وكذلك صدر عام ١٩٨١ القرار بقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١ بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات[٣]، والقرار بقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ بتعديل بعض نصوص قانون الإجراءات الجنائية[٤]، والقرار بقانون رقم ١٧٣ لسنة ١٩٨١ والخاص بتعديل القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض[٥]، والقرار بقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٨١ بتعديل بعض أحكام القانون ٣٣ لسنة ١٩٥٧ فى شأن الباعة المتجولين[٦]، وغيرها وهذه القرارات بقوانين ليس هناك ما يوجب الاسراع فى اصدارها وانما هى مخالفة دستورية واضحة، ونلاحظ اختفاء هذه الظاهرة بدءا من عام ١٩٨٢ ومن هنا ومن هذا العرض السابق اتضح لنا ومن طبيعة تكوين مجلس الشعب فى ظل دستور ١٩٧١ أنه علاوة على العيوب التى تعتوره سواء هيئة الناخبين أو أعضاء المجلس أنفسهم والأخذ بالنظام الحزبى ولكن بصورة مبتسرة مما جعل النظام يمكن أن يحمل جوا يشجع على القول بامكانية وجود الإنحراف التشريعى وهذا ما سنبرزه فى الفصل الثانى إلا أن ما يهمنا أن نبرره فى نهاية هذا العرض هو مدى ضعف السلطة التشريعية الشديد ازاء السلطة التنفيذية وكان هذا الضعف نتاج لنصوص دستورية قوت الى حد كبير من سلطات رئيس

(١) جريدة رسمية - العدد ١٥ تابع - الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٧٩ .
(٢) جريدة رسمية - العدد ١٥ تابع جـ - الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٧٩ .
(٣) جريدة رسمية - العدد ٤٤ مكرر - الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٨١ .
(٤) جريدة رسمية - العدد ٤٤ مكرر - الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٨١ .
(٥) جريدة رسمية - العدد ٤٤ مكرر - الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٨١ .
(٦) جريدة رسمية - العدد ٤٤ مكرر - الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٨١ .

الجمهورية وواقع عملى أدى الى انهيار فكرة دولة المؤسسات حيث أصبح ، النظام السياسى هو نظام مؤسسة واحدة ، ولكن فى صورة دستورية ديمقراطية ومن هنا كان المجال الخصب للبحث عن الانحراف التشريعى ، ففى نظام دستور ١٩٧١ كانت هذه المؤسسة الوحيد تتخفى وراء المؤسسات الأخرى فى املاء ارادتها ، فقد رأينا سابقا أن مؤسسة الرئاسة كانت تبرز وجهها صريحا فيما يصدر عنها من قرارات بقوانين لا تعرض على البرلمان، أما هنا فالأمر مختلف ، فالشعار السائد هو دولة المؤسسات ، فيجب أن تأخذ كل مؤسسة دورها المرسوم فى الدستور فلا يجوز لرئيس الجمهورية التغول على اختصاصات السلطة التشريعية وإلا خالف الدستور، ولكن الواقع كما سبق وأبرزناه جعل هذه السيطرة تأخذ شكلا آخر تمثل فى أن يحمل البرلمان ذاته عوامل الخضوع لهذه المؤسسة سواء كان ذلك فيما تضمنه الدستور من سلطات كبيرة للرئيس أو ما أسفر عنه الواقع العملى من سيطرة حزب الرئيس على البرلمان ذاته ، مما جعل السلطة التشريعية لا إرادة لها ، إلا ما يمليه عليها الرئيس ، من هنا توافر مناخ الانحراف من تحكم شخص واحد مستتر فيما يصدره البرلمان من قوانين وسيطرة حزب كبير على سائر الأحزاب الأخرى ووجود بعض مظاهر النظام الديمقراطى وأهمها اطلاق حرية القضاء ووجود بعض الصحف الحزبية ، مما يجعل المخالفة الدستورية الصريحة أمرا غير مأمون ، لذا لجأت مؤسسة الرئاسة الى المخالفة الضمنية مستترة وراء البرلمان .

الفصل الثانى

الحالات التى تثير فكرة الإنحراف التشريعى

سبق أن أوضحنا طرفا من امكانيات الانحراف التشريعى التى توافرت فى ظل دستور ١٩٧١ ويمكن القول أن دراسة علاقات القوى السياسية فى ظل هذا الدستور من الناحية العملية ، قد أبرزت امكانيات الانحراف التشريعي ولكن لا يعنى هذا ان المخالفات الدستورية التى تمت فى ظل هذا الدستور هى جميعها مخالفات مستتترة بل ان هناك أيضا المخالفات المباشرة للدستور ، ولهذا لن تكون الحالات التى نعرضها فى هذا الفصل هى حالات الانحراف التشريعى فقط بل ان بعضا منها قد يتضمن مخالفة مباشرة وصريحة للدستور ولكن قصدنا بعرضها فى هذا الفصل أن نبرز كيفية كشف مبدأ الإنحراف من ناحية وبعض الحالات التى قد تثير فكرة الإنحراف ولكنها غير معابة بهذا العيب بل هى معابة بعيب المخالفة المباشرة للدستور ، من هنا قصدنا من هذا العرض ليس فقط ابراز الحالات التى نراها معيبة بالانحراف بل قصدنا أيضا عرض بعض الحالات التى قد تلتبس العيوب الموجودة فيها بعيب الانحراف التشريعي .

المبحث الأول

المادة الثانية من القانون ١٤ لسنة ١٩٧٧

تنص المادة ٩٤ من دستور ١٩٧١ على أنه إذا خلى مكان أحد الأعضاء قبل انتهاء مدته ، انتخب أو عين خلف له خلال ستين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس بخلو المكان وتكون مدة العضو الجديد هى المدة المكملة لعضوية سلفة وتنص المادة الخامسة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ على أنه مع عدم الاخلال بالأحكام المقررة فى قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية يشترط فيمن يرشح لعضوية مجلس الشعب (١) أن يكون مصري الجنسية من أب مصرى . (٢) أن يكون أسمه مقيدا فى احدى جداول الانتخابات وألا يكون قد طرأ عليه سبب يستوجب الغاء قيده طبقا للقانون الخاص بذلك . (٣) أن يكون بالغا من العمر ثلاثين سنة ميلادية على الأقل يوم الانتخاب . (٤) أن يجيد القراءة والكتابة . (٥) أن يكون قد أدى الخدمة العسكرية الالزامية أو أعفى منها طبقا للقانون .

وقد حدث أنه بعد قيام رئيس الجمهورية باستخدام سلطته المستمدة من المادة ٧٤ من الدستور وأصدر قراره بالقانون ٢ لسنة ١٩٧٧ ودعى الشعب للاستفتاء عليه قام السيد كمال الدين حسين وهو أحد أعضاء مجلس الشعب بتوجيه برقية الى السيد رئيس الجمهورية يبدى فيها اعتراضه على استخدام الرئيس للمادة ٧٤ لأنه - فى رأيه - ليس هناك ما يقتضى هذا الاستخدام ، وقد أحال الرئيس البرقية الى مجلس الشعب مشيرا الى أن بها من العبارات ما يعد اهانة له وعلى أثر ذلك اسقطت عضوية السيد كمال الدين حسين عن المجلس وأعلن عن خلو دائره بنها التى

كان يمثلها وعند صدور قرار وزير الداخلية بفتح باب الترشيح عن الدائرة توجه السيد كمال الدين حسين فى هذا اليوم لتقديم أوراق ترشيحه إلا أن مدير الأمن رفض قبولها وعليه أقام السيد كمال الدين حسين الدعوى رقم ٧٢١ لسنة ٣١ أمام محكمة القضاء الادارى بوقف تنفيذ والغاء القرار السلبى بامتناع جهة الادارة عن قبول أوراق ترشيحه وقد استجابت المحكمة لطلباته بجلسة ٦ مارس ١٩٧٧ وفى ١٢ مارس ١٩٧٧ ، اعترض بعض الأشخاص على قيد اسمه فى كشف المرشحين وبعد أن أبدى دفاعه أمام اللجنة قررت اللجنة قبول الاعتراض ورفع اسمه من كشف المرشحين وأقامت اللجنة قرارها على أن مقتضى ومدلول عبارات المادة ٩٤ من الدستور ان عضو مجلس الشعب الذى تسقط عنه العضوية لا يجوز أن يتقدم للترشيح مرة أخرى حتى نهاية الفصل التشريعى وكان ذلك فى مارس ١٩٧٧ ، وكانت المحكمة العليا فى ذلك اليوم قد أصدرت تفسيرا تشريعيا فى الطلب رقم ٣ لسنة ٨ ق انتهت فيه الى تفسير المادتين ٩٤ ، ٩٦ من الدستور بما يضيف الى أسباب منع الترشيح - من أسقطت عضويته فى ذات الفصل التشريعى - وعندما طعن السيد كمال الدين حسين فى قرار اللجنة بالدعوى رقم ٨٢٩ لسنة ٣١ قضت محكمة القضاء الادارى برفض وقف تنفيذ القرار المطعون فيه واستندت المحكمة إلى أن قانون انشاء المحكمة العليا قد ناط بها وحدها سلطة تفسير النصوص القانونية تفسيرا ملزما لجهات القضاء جميعها وجعل لهذه الأحكام حجية مطلقة ، ونص على نشرها فى الجريدة الرسمية وساوى القانون فى ذلك بين الحكم وقرار التفسير التشريعى فكلاهما ينظر فى جلسة علنية وتتم المداولة سرا بين أعضاء المحكمة ثم يصدر الحكم أو القرار مشتملا على أسبابه ومعنى

الالزام بالنسبة الى قرارات التفسير أنه ما دام القرار قد اتخذ شكله القانونى فصدر من المحكمة بالتشكيل الذى قرره القانون وبمراعاة الإجراءات التى نص عليها ثم نشر بالجريدة الرسمية فإنه يكون ملزما للكافة وتلتزم جهات القضاء بتطبيقه فلا يجوز لها مراجعته ولا التعقيب عليه لأى سبب من الأسباب أو الامتناع عن تطبيقه وانتهت المحكمة الى أنه أيا كان الرأى فى شأن عيوب عدم المشروعية التى شابت قرار التفسير التشريعى بالطلب رقم ٣ لسنة ٨ ق سواء بسبب مناسبة اصداره فى ضوء الظروف التى لابستها أو ما قيل فى شأن تجاوز المحكمة العليا لحدود اختصاصها المحدد بالقانون فان المحكمة لا تملك التعقيب عليه ومن هنا انتهت المحكمة الى رفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه .

وقد طعن المدعى فى هذا الحكم بالطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٣ ق وبجلسة ٦ أبريل ١٩٧٧ ذهبت المحكمة الادارية العليا الى أن الاختصاص المخول للمحكمة العليا بتفسير النصوص القانونية تفسيرا ملزما مقصورا على النصوص القانونية الأدنى من الدستور ولا يتعداها الى تفسير الدستور ذاته ذلك أن مقتضى عبارة الفصل فى دستوريه القوانين أن هناك قانونا تراقب المحكمة دستوريته ، ودستورا تراقب فى ضوء أحكامه نصوص القانون والا لحق القول بأن تراقب هذه المحكمة الدستور ذاته مراقبتها للقانون وهو قول يتأبى على كل منطق قانونى وإذا كان حق الترشيح بصريح نص المادة ٦٢ من الدستور من الحقوق الأساسية التى كفلها الدستور وفقا للقانون وهى من الحقوق العامة التى كفلت المادة ٥٧ من الدستور حماينها من العدوان فان المساس بهذا الحق يجب أن يكون بنص واضح الدلالة جلى الألفاظ والعبارات فى الدستور والقانون وأن تفسر

النصوص التى تحدد هذا الحق تفسيرا ضيقا تجنبا لأى تصادم مع هذا الحق أو عدوان عليه واذا كان اسقاط عضوية أحد أعضاء مجلس الشعب وفقا لحكم المادة ٩٦ من الدستور اذ فقد الثقة والاعتبار أو أخل بواجبات عضويته هى بكل المعايير عقوبة الا أنه ليس هناك ثمة نص ظاهر العبارة فى الدستور أو القانون يرتب عقوبات أو آثار تبعية تلحق عضو مجلس الشعب حتما نتيجة اسقاط العضوية عنه وبهذه المثابة فإن عقوبة اسقاط العضوية تنقضى بمجرد تنفيذها دون أن يترتب عليها أية آثار مستقبلة ولهذا يحرص المشرع دائما على النص صراحة على الآثار التبعية لكل عقوبة جنائية أو تأديبية دون أن يترك ذلك لعلة التفسير واذا كان اسقاط عضوية مجلس الشعب لفقد الثقة والاعتبار أو للاخلال بواجبات العضوية وفقا لحكم المادة ٩٦ هى عقوبة من جنس عقوبة العزل الجنائى أو الفصل التأديبى فانه لا يترتب عليها الحرمان لأية مدة من حقه فى العودة الى الترشيح دون نص صريح بذلك وعليه واذا كان القرار المطعون فيه وقد ذهب الى أن من آثار اسقاط العضوية حظر الترشيح طوال المدة الباقية لمجلس الشعب فانه يكون قد خرج على حدود التفسير الضيق الواجب مراعاته فى كل ما يمس الحقوق والحريات العامة وابتداع عقوبة تبعية لم ترد فى الدستور ولا القانون وذهبت المحكمة الى أن من واجبها أن تنوه الى أن المسارعة فى استصدار تفسير ملزم من المحكمة العليا بمناسبة نظر منازعة بذاتها أمام قاضيها الطبيعى فى النقطة الحاسمة فى هذه المنازعة ينطوى بلا ريب على مصادرة على حق التقاضى والدفاع الذى كفلهما الدستور فى المادتين ٦٨ ، ٦٣ منه وتصل الى حد انتزاع سلطة الفصل فى الدعوى من قاضيها الطبيعى ، اذ يتقلص دوره الى مجرد التفسير الملزم الذى صدر فى

غيبة صاحب الشأن ودون دفاع من جانبه وينطوى كذلك على امتهان لقاضى المنازعة لأن فى مواجهته بتفسير للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على منازعة صدر خصيصا لها ما يوحى بعدم الاطمئنان الى صلاحيته للتصدى لموضوع المنازعة وانزال حكم القانون الصحيح عليها وهو أمر جد خطير ينال من مقومات العدالة فى الصميم ويمس كبرياء القاضى وكرامته وهو أمر لا يسوغ السكوت عنه ويتعين اعلان الاحتجاج عليه واتقاء لهذه المآخذ فان المحكمة تهيب بالمسئولين الى أن يصدر قانون المحكمة الدستورية العليا ليحل محل قانون المحكمة العليا أن يكفوا عن طلب تفسير القانون من المحكمة العليا وانتهت المحكم الى الغاء الحكم المطعون فيه ووقف تنفيذ القرار المطعون فيه والزام الحكومة بالمصروفات وأمرت بتنفيذ الحكم بمسودته بغير اعلانه .

وبجلسة مجلس الشعب المعقودة فى ١٣ أبريل سنة ١٩٧٧[١] طرح رئيس المجلس على الأعضاء اقتراحين بمشروعى قانونين أحدهما بتعديل القانون المدنى لتحريم الربا والثانى باضافة فقرة جديدة الى المادة الخامسة من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب وطلب مقدموا هذين الاقتراحين نظرهما بطريق الاستعجال وسأل رئيس المجلس الأعضاء هل توافقون حضراتكم على ذلك وعلى احالتهما الى اللجنة التشريعية ، ووافق أغلب أعضاء المجلس على ذلك وقد قام أحد الأعضاء يتساءل[٢] ، إن أخذ رأى المجلس فى شأن الإحالة الى اللجنة المختصة فى حالة طلب نظر الموضوع بطريق الاستعجال مقتضاه أن يعرف بالضرورة مضمون الاقتراح

(١) مضبطة مجلس الشعب – الفصل التشريعى الثانى – دور الانعقاد العادى الأول – مضبطة الجلسة التاسعة والثلاثين .

(٢) المرحوم الدكتور محمود القاضى : انظر مضبطة ذات الجلسة – ص ٥ .

بمشروع القانون المطلوب احالته حتى يتسنى لنا ابداء الرأى فيما اذا كان الأمر يستحق النظر بطريق الاستعجال فى احالته الى اللجنة المختصة أم لا، فلقد سمعت أنه يراد اضافة فقرة جديدة الى قانون مجلس الشعب يحول دون ترشيح من أسقطت عنه عضوية مجلس الشعب فى الفصل التشريعى الحالى فاذا كان الاقتراح بمشروع القانون ينصب على ذلك فنحن نرفض ونأبى أن ينظر بطريق الاستعجال أو بغير طريق الاستعجال وان لدى من الأدلة والوثائق ما يثبت أن هناك تدخلا ضد الديمقراطية يحدث فى دائرة بنها الانتخابية وذهب رئيس المجلس فى رده على العضو(١)، إلى أن العمل جرى فى المجلس فى الفترة التى رأسه فيها على عدم عرض مضمون الموضوعات المطلوب نظرها بطريق الاستعجال على المجلس لبحثها ثم تقرير قبول نظرها بطريق الاستعجال أولا(٢)، وذهب أحد الأعضاء الى أنه سمع من رجل الشارع أن هناك مشروعا بقانون يعد تحت قبة مجلس الشعب لمنع السيد كمال الدين حسين من دخول الانتخابات(٣)، وقال أحد الأعضاء أنه يتساءل عن السبب الذى يجعلنا الآن ننظر الاقتراح بمشروع قانون الذى يقضى باضافة بند جديد الى المادة الخامسة من القانون رقم ٣٨ لسنة ٧٢،

---

(١) ص ٥ من ذات المضبطة .

(٢) وهو أمر غريب ألا يعرف أعضاء مجلس الشعب على ما يوافقون على نظره بطريق الاستعجال، فلكى يوافق العضو على نظر الموضوع - بصفة مستعجلة يجب أن يعرف ماهية هذا الموضوع أولا لتقدير استحقاقه لاستعجال النظر بالموافقة المجردة على نظر موضوع غير معروف بطريق الاستعجال فهو ينبئ عن تحكم الحزب الغالب المطلق فيما يقدمه من مشروعات قوانين والمادة ٢٧٤ من لائحة المجلس توجب أن يكون طلب استعجال النظر فى أى موضوع معروض عليه يجب أن يكون كتابيا ومسببا ، انظر ص ١٠ من ذات المضبطة - رأى السيد علوى حافظ ، وانظر أصول الممارسة البرلمانية ، سامى عبدالصادق - الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٢ - ص ٣٣٢ .

(٣) السيد أحمد ناصر المحامى - ص ٧ - من نفس المضبطة .

بشأن مجلس الشعب بطريق الاستعجال ونرجئ النظر فى مشروعات قوانين مطروحة فعلا[١]، ومع ذلك طرح رئيس المجلس للتصويت اقتراحه بأن تجتمع اللجنة التشريعية الآن لنظر ما أحيل اليها من اقتراحات ووافقت غالبية أعضاء المجلس فى ذلك وذهب أحد الأعضاء[٢] الى أن حزب مصر العربى الاشتراكى يتمتع بالأغلبية الحاسمة فى هذا المجلس وهذا أمر واقع، ولهذا فان القرار سيتخذ فى نهاية الأمر وفق ما يراه ذلك الحزب وسيتحمل مسئولية هذا القرار أمام الله وأمام الشعب وبذات الجلسة وعقب مشروع قانون الضمان الاجتماعى تلا رئيس المجلس تقرير اللجنة التشريعية عن مشروع قانون باضافة بند جديد الى المادة الخامسة من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب وتم التصويت على طلب اللجنة بنظر هذا المشروع بقانون بطريق الاستعجال ، وذهب أحد الأعضاء[٣]، إلى أنه فوجئ بهذا الاقتراح بمشروع قانون يعرض على المجلس وان هذا ليسئ للمجلس ويسئ للبلد ويتحدى مشاعر الشعب كله وهو يعتبر حجرا على القضاء لأنه يصدر من أجل مواطن واحد وهو مالا يجوز أن يجتمع مجلس الشعب ليقرر قانونا يحرم مواطنا من ترشيح نفسه لهذه الانتخابات وقد تلا العضو المقرر نص البند الجديد المضاف للمادة الخامسة من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ، (أى أنه أصبح هناك بند جديد مضاف الى شروط الترشيح عضوية مجلس الشعب برقم ٦) ألا يكون قد اسقطت عضويته بقرار من مجلس الشعب بسبب فقد الثقة والاعتبار أو بسبب الاخلال بواجبات

---

(١) السيد علوى حافظ - نفس الجلسة - ص ١٠ من المضبطة .

(٢) ص ١٢ من المضبطة .

(٣) د/ محمود القاضى : ص ١٤ من المضبطة .

العضوية بالتطبيق لأحكام المادة ٩٦ من الدستور ومع ذلك يجوز له الترشيح فى احدى الحالات الآتية :

(أ) انقضاء الفصل التشريعى الذى صدر خلاله قرار اسقاط العضوية ... وقد وافقت الأغلبية على هذه المادة وعندما تلى نص المادة الثانية ومضمونها أن ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به اعتبارا من بداية الفصل التشريعى الحالى لمجلس الشعب ذهب أحد الأعضاء[١] إلى أنه اذا كان هذا القانون غير مقصود فيه عضو بالذات أو فرد بالذات فانه يقترح حذف هذه المادة ، فهل لكى نسد ثغرة فى التشريع يعرض الاقتراح الساعة السادسة والنصف مساءا ويوافق المجلس على انعقاد اللجنة التشريعية فورا ثم يطبع تقرير اللجنة بسرعة البرق وتستمر حتى الساعة الثانية عشرة ، منتصف الليل لكى توافق على هذا الاقتراح بمشروع بقانون ؟ وما معنى النص علي الأثر الرجعى اذا كان القصد هو سد ثغرة فى التشريع ، وليس مواجهة شخص معين أو واقعة معينة ، فهذا القانون صدر فى مواجهة شخص معين[٢] وذهب أحد الأعضاء[٣] الى أن النص على الأثر الرجعى لهذا المشروع بقانون فى الواقع مسألة واجبة فهو يعتبر تفسيرا تشريعيا يستند الى التفسير الذى صدر من المحكمة العليا والذى صار ملزما وأخيرا وافقت الأغلبية على ابقاء نص المشروع كما هو ورفض حذف هذه المادة الثانية[٤] ، وصدر هذا المشروع بقانون تحت رقم ١٤

---

(١) د/ محمود القاضى : ص ٦٠ من المضبطة .

(٢) مضبطة ذات الجلسة ص ٦١ .

(٣) الاستاذ حنا ناروز ص ٦١ .

(٤) انظر كشف الأسماء - ملحق ٦ بنفس المضبطة ومنه يتضح موافقة ٢٧٥ عضوا على هذا المشروع بقانون واعترض عليه ٢٤ عضوا .

لسنة ١٩٧٧[١].

أولا : ما هى أوجه عدم الدستورية التى يمكن أن نوجهها إلى هذا القانون؟

ان الناظر لهذا القانون يجده قد سد ثغرة فى التشريع وفقا لمطلق تقدير السلطة التشريعية التى ارتأت أن تضيف شرطا جديدا لشروط الترشيح لمجلس الشعب ولهذا يبدو القانون وكأنه ليست به ثمة عيوب دستورية واذا نظرنا الى الأثر الرجعى الوارد بالمادة الثانية منه ، وجدناها أيضا تدخل فى سلطة المجلس لأن الرجعية المحرمة هى فقط فى المواد الجنائية وأما فى غيرها فأغلبية الأعضاء وفقا للمادة ١٨٧ من الدستور ويبدو القانون فى ظاهرة يدخل شكلا وموضوعا فى اختصاص المجلس ولكن استظهار قصد المجلس من اصدار هذا القانون وبوجه خاص فى المادة الثانية منه هل يؤدى الى بقاء المادة الثانية منه متفقة مع أحكام الدستور وعليه حق لنا أن نبرز قصد مصدر القانون فى مادته الثانية وأثر هذا القصد على صحة هذه المادة وبالتالى مدى دستوريتها .

ثانيا : هل يقصد هذا القانون واقعة معينة أو شخص محدد بالذات :

أن الاجابة على هذا التساؤل توضحه بجلاء الظروف والملابسات التى سردناها فى غير قليل من الاسهاب ، تخلص القرائن - فى رأينا - على أن هذا القانون قصد به السيد كمال الدين حسين فيما يأتى :

(١) الرفض المتكرر من قبل جهات الادارة سواء فى قبول أوراق ترشيحه أو فى الاعتراض على قيده بكشف المرشحين وتقدم الحكومة بطلب

(١) مضبطة ذات الجلسة - الجريدة الرسمية رقم ١٥ تابع - كما فى ١٤ أبريل سنة ١٩٧٧ .

لتفسير نص فى الدستور لدى المحكمة العليا أثناء نظر النزاع بما يبرز مدى اصرارها على عدم تقدمه للانتخابات بشتى الطرق الواقعية أو القانونية ومسارعة المحكمة العليا الى اصدار قرارها التفسيرى على نحو يوحى بمحاولة التأثير على دعواه التى رفعها أمام مجلس الدولة وهوما أكدته المحكمة الادارية العليا فى حكمها سالف البيان .

(٢) قيام الحكومة بتأجيل الانتخابات المزمع عقدها فى ١٣ أبريل سنة ١٩٧٧[١] ، وليس هناك من تفسير لهذا التأجيل المفاجئ سوى محاولة عرقلة دخوله الانتخابات بناء على استصدار هذا القانون نظرا لما ارتأته الحكومة من وقوف القضاء الى جانبه .

(٣) ما ورد فى عرضنا لظروف اصدار هذا القانون من الموافقة على نظره بطريق الاستعجال ثم كتابة التقرير عنه ثم مناقشة التقرير كل هذا فى خلال ست ساعات ونشره بعد صدوره بيوم واحد وهو يدل على مدى السرعة الفائقة فى استصدار هذا القانون خشية صدور أية أحكام قضائية أخرى لصالحه .

(٤) ان ما يقطع بأن المقصود بالمادة الثانية فى القانون هو تطبيقه على السيد كمال الدين حسين أنه بدون هذا النص على الأثر الرجعى للقانون لم يكن من الممكن منعه من دخول الانتخابات ذلك أن الحكومة ردت على مقولة أحد الأعضاء بوجود قصد شخص معين بهذا القانون بأن السيد كمال الدين حسين لم يدخل الانتخابات لأن هناك قرار من المحكمة العليا بوقف تنفيذ حكم المحكمة الادارية العليا ، وأوضح أحد الأعضاء أن

---

(١) مضبطة ذات الجلسة ص ٦٣ .

ما صدر عن المحكمة العليا حكم تنازع اختصاص ولكن المطلع على مجموعة أحكام المحكمة العليا فى ذات التاريخ لن يجد هذا الحكم المزعوم[١] ، وبفرض وجوده ونظرا لمخالفته الدستور مخالفة صارخة لأنه ليس من اختصاص المحكمة العليا أن توقف تنفيذ أحكام المحكمة الادارية العليا وكان من الممكن أن يلغى مجلس الدولة مثل هذا القرار أو حتى المحاكم العادية نظرا لانعدامه وعلى هذا لم تشأ الحكومة أن تترك الأمر فى يد القضاء خشية أن يمكنه من دخول الانتخابات فلجأت الى مجلس الشعب تستصدر منه هذا القانون كما أن ما ذهب اليه أحد الأعضاء من أن النص على الأثر الرجعى مسألة واجبة وأنه يعتبر تفسيرا تشريعيا يستند الى التفسير الذى صدر عن المحكمة العليا الذى جاء ملزما وهذا القول ليس له ثمة أساس قانونى ، فالعضو اعتبر هذا القانون تفسيرا تشريعيا ولو كان كذلك لما كانت هناك حاجة الى اصدار قانون بذلك بل كان يكفى صدور تفسير تشريعى له ولكن أى نص هو الذى يفسر ولم يشر قانون مجلس الشعب من قريب أو بعيد الى حالة اسقاط العضوية باعتبارها تؤدى إلى عدم إعادة الترشيح ومن ناحية أخرى فان التفسير التشريعى الذى صدر من المحكمة العليا انتهت المحكمة الادارية العليا الى عدم اختصاص المحكمة العليا به وعليه فاذا كان التفسير التشريعى الصادر عن المحكمة العليا قد جاوزت فيه حدودها الدستورية وأن مجلس الشعب فى اصداره لهذا القانون ناصا فى مادته الثانية على الأثر الرجعى له أى أنه ليس ثمة

---

(١) بالسؤال فى المحكمة العليا عن حقيقة الموضوع تبين أن كل ما فى الأمر هو تأشيره من رئيس المحكمة بوقف تنفيذ حكم المحكمة الادارية العليا وهذا بالقطع مالا يملكه مما يبرز مدى استخدام الحكومة بكل الوسائل القانونية وغير القانونية لمنع دخول السيد كمال الدين حسين الانتخابات.

تفسير تشريعى حتى نستطيع أن نبحث فى دستورية الأثر الرجعى له فما هى الحاجة الى النص على الأثر الرجعى للقانون ان لم يكن قصد تطبيق هذا القانون على شخص معروف بذاته هو السيد كمال الدين حسين خاصة وأن المادة الثانية التى نادت بالأثر الرجعى له لن تطبق إلا على شخصه وحده لأنه الوحيد الذى أسقطت عضويته(١).

وقد يبدو لأول وهلة أن المادة الثانية من القانون تتضمن تدخلا فى شئون القضاء - بعد ظهور قصد المشرع ومحاولة توقى آثار أحكامه - ولكن ظهور هذا الاعتداء لم يأت إلا بعد الوصول الى حقيقة التشريع وأنه غير عام ولا مجرد ولكن هذا القصد لا يظهر جليا واضحا مثل ظهور عدم عمومية التشريع فضلا عن أن القول بوجود تدخل فى عمل السلطة القضائية يثير جدلا كبيرا حول صحة هذا القول أو عدم صحته فى حين أن ابطال التشريع لعدم عموميته أيسر وأسهل وعلى كل ففى الحالتين كان القصد مؤثما وكان الصالح العام مهدرا إن مثل هذا التشريع فى مادته الثانية لا يمكن توجيه أية مطاعن دستورية أخرى إليه ، إلا بعد استظهار قصد اصداره أي بعد البحث في وجود الانحراف التشريعى أما البحث المجرد فلا يؤدى الى القول بعدم دستورية هذه المادة فهى تدخل فى نطاق تقدير مجلس الشعب .

ويمكن القول أن مخالفة قاعدة العمومية والتجريد قد يكون فى صورة صريحة واضحة كأن يصدر قانون متضمنا تسوية حالة شخص معين، أو اعطاءه ميزة معينة ، ففى هذه الحالة تكون مهمة القاضى الدستورى سهلة

(١) انظر من هذا الرأى د/ سعاد الشرقاوى ود/ عبدالله ناصف - نظم الانتخابات - ص ٢١٣ ، وانظر : د/ سعد عصفور - دستور ١٩٧١ - المرجع السابق - ص ٨٧ .

وميسورة اذ ما عليه الا التثبت من أن هذا القانون بهذه الصورة الفردية يدخل أو لا يدخل ضمن الحالات التى حددها الدستور للبرلمان ليصدر الأخير قرارات فردية فى صورة قانون فاذا لم يجدها كذلك كان التشريع معيبا فى ركن الاختصاص أما فى حالة مخالفة قاعدة العمومية والتجريد بصورة مستترة ، فان المشرع يصدر قانونه في صياغة عامة مجردة ولكن هذا القانون فى الواقع لن يطبق الا على حالة واحدة يعرفها البرلمان مسبقا، هنا حين يفحص القاضى الدستورى الاختصاص يجد هذا الركن صحيحا ، وذلك لعمومية وتجريد النصوص فلا مجال للطعن عليه الا من خلال استقراء نية المشرع الحقيقية ومعرفة أن المشرع يقصد شخصا أو واقعة محددة أصبح تشريعه غير عام ولا مجرد هذا البحث فى النية هو بحث فى الانحراف التشريعى الذى قد يظهر من خلال البحث فيه عيوب السبب أو المحل ولكن لا نرجع العيب هنا الا للوسيلة التى مكنت القاضى الدستورى من اظهار التشريع علي حقيقته وهى الانحراف التشريعى وهذا التحليل من جانبنا نخالف فيه الفقيه الكبير الذى ذهب الى امكانية بسط الرقابة على هذا النوع من التشريعات المستترة ، استعانة بطبيعة سلطة القضاء فى تفسير النصوص القانونية فاذا تكشف له مضمونها الحقيقى انتقل بعد ذلك الى البحث فى مدى توافقه مع النصوص الدستورية[١] ، هذا القول من الناحية العملية لا يدخل فى نطاق سلطة القاضى فى التفسير ، فالنص المطروح أمام القاضى الدستورى واضح فى الفاظه ومعناه . فلما يلجأ الى تفسيره ؟ ومن ناحية أخري لن يتسنى له البحث فى دستورية هذا النص إلا

---

(١) د/ أحمد كمال أبوالمجد : الرقابة على دستورية القوانين - رسالة - سالف البيان - هامش ص٥٩٦ .

إذا دفع أمامه بوجود انحراف تشريعى فى هذا النص حينئذ يحاول القاضى استقراء ما وراء الالفاظ والنصوص لاستظهار قصد المشرع الحقيقى ويقارنه بالصالح العام .

وفى حالة المادة الثانية من القانون ١٤ لسنة ١٩٧٧ ، فانه بعد ظهور قصد المشرع أصبح التشريع فى حقيقته قرارا فرديا فى غير تلك الحالات التى أجاز الدستور للمشرع أن يصدر قرارات فردية فقصد إصدار قرارات ادارية على غير حالات النص الدستورى هو انحراف عن الصالح العام ، كما حدده الدستور فضلا عن أن هذا القانون يعبر بوضوح عن قصد البرلمان النكاية بشخص معين وهو مالا يجيزه الدستور فى فحواه من وجوب أن تكون التشريعات تتسم بالمساواة بين المخاطبين بها وبغيرهم من المواطنين من هنا كان عيب الانحراف التشريعى أساس كشف ما فى هذه المادة من مخالفة للدستور .

المبحث الثانى

المادة الرابعة من القانون ٣٤ لسنة ١٩٧٨

بعد حملات متصلة شنتها الصحف القومية وكذلك جريدة مصر التى كان يصدرها حزب الأغلبية - حزب مصر العربى الاشتراكى - ضد حزب الوفد الجديد ، حتى قبل الاعلان عن مولده رسميا وكان قوام هذه الحملة الايحاء بأن حزب الوفد الجديد هو امتداد لحزب الوفد القديم المحظور - بالرغم من موافقة لجنة الأحزاب على قيامه - واتسعت هذه الخلافات بين الحكومة وحزب الوفد الجديد على أثر عبارات جانبها التوفيق تفوه بها أحد نواب حزب الوفد فى مجلس الشعب وتضمنت مساسا بشخص رئيس الجمهورية ، مما حدا بمجلس الشعب الى اسقاط عضوية هذا النائب(١)- بالرغم من أن هذه العبارات صدرت من النائب تحت قبة المجلس وتنص المادة ٩٨ من الدستور على أنه لا يؤاخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو فى لجانه - ووسط هذا الجو المحموم بين الحكومة والمعارضة وفى خطاب للرئيس فى ١٤ مايو سنة ١٩٧٨ إلى أن مسيرة الديمقراطية فى مصر بحاجة الى تصحيح جديد وأنه قد آن الأوان لإعادة النظر فى الموقف من قيادات الأحزاب التى تستهدف العودة بالبلاد الى الوراء ووجه الرئيس نقده اللازع للقيادات السياسية القديمة السابقة على الثورة والتى نجحت فى تزعم حزب الوفد الجديد منددا بجهودها لافساد الديمقراطية وفى نفس اليوم صدر بيان للشعب لابداء الرأى فى استفتاء حول مبادئ سته أهمها فرض العزل السياسى على بعض

(١) د/ وحيد رأفت : القوانين المنظمة للحريات - ص ٧٧ .

الفئات وفى مقدمتهم السياسيون القدامى الذين تسببوا فى افساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢[(١)].

وبعد الاستفتاء على البيان والموافقة عليه سارع مجلس الشعب لانزال مبادئ الاستفتاء منزلة القانون وصدر فعلا القانون ٣٤ لسنة ١٩٧٨ بحماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى[(٢)]، ونص فى المادة الرابعة منه على أنه لا يجوز الانتماء الى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق أو الأنشطة السياسية لكل من تسبب فى افساد الحياة السياسية قبل ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، سواء كان ذلك بالاشتراك فى تقلد المناصب الوزارية منتميا الى الأحزاب السياسية التى تولت الحكم قبل ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ، أو بالاشتراك فى قيادة الأحزاب أو ادارتها وذلك كله فيما عدا الحزب الوطنى والحزب الاشتراكى (حزب مصر الفتاة) ، ويعتبر اشتراكا فى قيادة الحزب وادارته تولى مناصب الرئيس أو نواب الرئيس أو وكلائه أو السكرتير العام أو السكرتير العام المساعد أو أمين الصندوق أو عضوية الهيئة العليا للحزب ، ويخطر المدعى العام الاشتراكى مجلس الشعب وذوى الشأن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العمل بهذا القانون ببيان بأسماء من ينطبق عليهم حكم الفقرة الأولى ولصاحب الشأن خلال عشرة أيام من تاريخ ابلاغه بذلك أن يتظلم الى مجلس الشعب من ادراج اسمه في هذا البيان اذا لم يكن قد تقلد أحد المناصب المشار اليها فى الفقرة الأولى ويبت المجلس فى التظلم بأغلبية أعضائه وتنص المادة السابعة من ذات القانون على أنه لا تسرى أحكام المواد الثلاث السابقة على من يصدر

---

(١) د/ وحيد رأفت : المرجع السابق – ص ٧٩ .

(٢) الجريدة الرسمية – العدد ٢٢ مكرر فى ١٩٧٣/٦/٣ .

بشأنهم قرار بالعفو أو الاستثناء من رئيس الجمهورية ، وذلك بعد تاريخ العمل بهذا القانون ، وقد جاء بتقرير اللجنة التشريعية والمذكرة الايضاحية عن هذا القانون أن نص المادة الرابعة منه يستمد فلسفته مما أعلنه رئيس الجمهورية فى خطابه الى الشعب الذى جاء به أن أصحاب المصالح الحزبية التى أفسدت الحياة السياسية فى الماضى وخاصة قبل الثورة قد أثبتت بعض ممارستهم - بدليل قاطع خلال الفترة القصيرة التى باشروا فيها العمل السياسى - وأنهم لم ينسوا الضغائن ولم ينسوا أنهم مازالوا يعيشون بعقلية ما قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢[١].

وفى ١٢ يونيو ١٩٧٨ أخطر المدعى الاشتراكى كلامن السيد محمد فؤاد سراج الدين والسيد ابراهيم فرج والمرحوم عبدالفتاح حسن أن حكم المادة الرابعة من هذا القانون تسرى بالنسبة لهم وقد أقام المرحوم عبدالفتاح حسن دعواه أمام القضاء الادارى لالغاء هذا القرار ثم عدل طلباته إلى طلب التعويض الرمزى وقد قضت له المحكمة بطلبه هذا[٢]. وفى ١٩٨٣/١٢/٢٧ أقام السيد فؤاء سراج الدين والسيد ابراهيم فرج دعواهما أمام محكمة القضاء الادارى طالبين فى ختامها الحكم بوقف تنفيذ والغاء القرارين الصادرين من المدعى العام الاشتراكى فى الثانى

(١) انظر مضبطة الجلسة السابعة والسبعين ، الفصل التشريعى الثانى ، دور الانعقاد العادى الثانى، فى أول يونيو ١٩٧٨ - ص ٧ ، وانظر : رأى د/ حلمى مراد وهو من المعترضين على المشروع بقانون ص ١٣ ، وانظر المذكرة الايضاحية وتقرير اللجنة التشريعية ص ٦٢ ، ومما هو جدير بالملاحظة أن نشير الى أسلوب التدخل التشريعى لرئيس الجمهورية الذى حدث فى شكل استفتاء به من البنود ما يتضمن الزام مجلس الشعب بأن يتنزل ما ورد بالاستفتاء فى صورة نصوص قانونية يعد تدخلا خطيرا من رئيس الجمهورية فى سلطة مجلس الشعب التشريعية ويصور مدى اساءة استعماله حق الاستفتاء .

(١) حكم محكمة القضاء الادارى - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٥ - الدعوى رقم ١٥٩٣ لسنة ٢١ .

وعشرين يوليو سنة ١٩٧٨ بعزلهما سياسيا وقد كان حكم المحكمة فى هذه الدعوى[١] متضمنا عديدا من المبادئ الهامة والخطيرة أكدت فيها قضاءها السابق فى الدعوى التى رفعها السيد عبدالفتاح حسن وأضافت مبادئ جديدة لها تخلص فيما يلى فذهبت المحكمة :

١- ان أحكام القضاء الادارى استقرت على أنه لا يجوز المساس بالحقوق والحريات العامة دون مسوغ ولا يجوز الحد منها بغير مقتضى ولا تقييدها الا لصالح المجتمع ولحمايته والحفاظ عليه ولمدة زمنية محددة بالقدر الضرورى لذلك والحقوق والحريات السياسية من أهم أنواع الحقوق والحريات العامة الملازمة للمواطن فهى مكملة لكيانه وشخصيته .

٢- ان تمتع المواطن بحقوقه وحريته السياسية هو أحد نطاق تطور المجتمع الديمقراطى لأن مؤداها وضع السلطة فى يد الشعب وممارسته اياها وبهذه المثابة تخضع القيود التى تفرض على تلك الحقوق والحريات لقاعدة التفسير الضيق صيانة لتلك الحقوق والحريات الدستورية وعدم التوسع فى تفسير القيود التى تنال منها أو تحول دون ممارستها وعلى ذلك اذا وجد مسوغ أو مقتضى يبرر لجهة الادارة أن تقيد مؤقتا أحد الحقوق والحريات الفردية فان أى شك فى شأنها يجب تفسيره فى صالح الحرية الفردية .

٣- ان ما انطوت عليه المادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ من العزل السياسى لقدامى السياسيين يشكل اعتداء على الحقوق والحريات السياسية للمدعين وهذا الاعتداء لا ينتهى أثره بمجرد وقوعه وانما يظل قائما منذ فرضه بقرار المدعى الاشتراكى ، وهذا الحرمان لا يجوز أن يكون

(١) الدعوى ١٥٤٨ لسنة ٣٨ - جلسة ١٩٨٤/٢/١٢ .

أزليا مطلقا أيا كان الرأى في شأن مدى اتفاق ذلك مع أحكام الدستور ، وهذا الحرمان يشكل قيدا على أغلى ما يتمتع به المواطن وهو حريته السياسية ، وبهذه المثابة يكون لكل مواطن حرم من مزاولة حقوقه السياسية أن يلجأ الى القضاء الادارى للمطالبة برفع هذا الاعتداء وهذا الأمر مقرر له في كل وقت أو حين وحتى ولو لم يكن بصدد مباشرة أحد الحقوق السياسية المقررة له لأن مجرد الرغبة فى الفكاك والتخلص من مثل هذا القيد يبرر للمواطن الذى تقرر حرمانه من حقوقه السياسية أن يسعى دائما كلما سنحت له الظروف للمطالبة برفع الاعتداء الواقع على حريته وحقه ، اذ أن ممارسة الحقوق السياسية فى الدول الديمقراطية غير موقوت بفترة زمنية محددة ومن ثم لا يوصد أبدا أمام مواطنيها باب الطعن على القرارات الصادرة بالحرمان السياسى بل يظل ميعاد الطعن فيها مفتوحا ما بقى هذا الحرمان قائما وبهذا رفضت المحكمة دفع الحكومة بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد أكثر من أربع سنوات على صدور القرار القاضى بعزل المدعيين اعتمادا على أن هذا القرار من القرارات المستمرة .

٤- ذهبت المحكمة الى أن المستفاد من ظاهر المادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ أنه يشترط لترتيب الآثار الخطيرة على تطبيقها توافر شروط أربعة مجتمعة :

(أ) أن يكون قد تقلد أحد المناصب الوزارية أو الاشتراك فى قيادة الأحزاب أو ادارتها بأن تولى منصب رئيس الحزب أو نائب رئيس الحزب أو وكيلا له أو سكرتيرا عاما أو سكرتيرا عاما مساعدا له أو أمينا للصندوق أو عضوا بالهيئة العليا للحزب .

(ب) أن يثبت تسببه فى افساد الحياة السياسية ذلك أن تقلد أحد المناصب المشار إليها فى الشرط الأول غير كافى بذاته لإعمال حكم المادة الرابعة وانما يجب أن يثبت بالدليل القاطع تسبب الفرد الذى تقلد أحد تلك المناصب فى افساد الحياة السياسية المصرية .

(جـ) أن يكون قد حدث ذلك فى تاريخ سابق على قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ .

(د) ألا يكون منتميا للحزب الوطنى أو الحزب الاشتراكى .

٥- بتطبيق هذه القواعد والشروط على المدعيين استعرضت المحكمة ما نسب اليهما من افساد الحياة السياسية والتهم التى حوكموا بمقتضاها أمام محكمة الثورة وانتهت إلى أنه صدر القرار الجمهورى رقم ١٢٨ لسنة ٦٠ بالعفو عن باقى العقوبات المحكوم بها من محكمة الثورة وعن كافة الآثار والعقوبات التبعية المترتبة عليها وذلك بالنسبة للأشخاص المبينة اسماؤهم في الكشوف المرافقة وقد ورد أسم المدعيان بهذه الكشوف وعليه تكون جميع الآثار التى ترتبت على الأفعال المنسوبة للمدعيان تكون قد انقضت ومحيت تماما ويظهر من موافقة لجنة الأحزاب على تأسيس الحزب برئاسة أحد المدعيين وصدور قرار رئيس الاتحاد الاشتراكى العربى رقم ١ لسنة ١٩٧٨ بضمه لعضوية اللجنة المركزية وتولى الثانى منصب سكرتير عام الحزب والظاهر من جماع ذلك أن الدولة بكافة سلطاتها ضربت صفحا عن الأحداث القديمة وبعثها من جديد فلا يجوز بعد ذلك احياء تلك الأحداث حتى ولو كان تشريعا يأخذ شكل القانون لأن ذلك يشكل خروجا على المبادئ والأسس العامة فى التأثيم والعقاب ويعتبر سحبا جزئيا لقرار

رئيس الجمهورية رقم ١٢٨ لسنة ٦٠ بالعفو عن بعض العقوبات والآثار المترتبة على ما من شأنه المساس بالمركز القانونى الذى اكتسبه المدعيان فضلاً عن أن مناط أعمال المادة الرابعة سالفة الذكر يكون باثبات التسبب فى افساد الحياة السياسية وهو وصف غير منضبط للحكم على الأفعال والتصرفات الصادرة من الشخص وهو وصف نسبى تختلف فيه وجهات النظر وفقا للنظريات السياسية والاقتصادية القائمة وقت وقوعه مما يترتب عليه ضرورة تقييم الأفعال وفقا للقانون واجب التطبيق وقت وقوعها ولا يجوز فى قانون لاحق بعد مضى ما يزيد على خمسة وعشرين عاما ترتيب آثار على تلك الأفعال .

٦- يبين من نص المادة الرابعة من القانون أن الحظر من مزاولة الحقوق السياسية جاء عاما ومطلقا على نحو يشمل جميع الحقوق والحريات السياسية ، فأصبح المواطن الذى تطبق فى شأنه تلك المادة فى حالة أقرب ما يكون لما كان معروفا فى القانون الرومانى شبيه بالموت المدنى وإن ورود الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية ان لم يحدده المشرع بمدة زمنية محددة ينطوى على حق دستورى أساسى للمواطن يمس كيانه ، كما أن التمييز فى المعاملة بين الأحزاب السياسية التى كانت قائمة قبل ثورة يوليو هذا التمييز يتعارض ونصوص الدستور فى المادة الخامسة منه والمادة ٤٠ المقررة لمبدأ المساواة بين المواطنين فى التمتع بالحقوق السياسية .

٧- تنص المادة ١٨٧ من الدستور على أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها والمادة الرابعة من القانون رتبت الآثار الخطيرة المترتبة على أعمال هذه المادة على وقائع سابقة على القانون ذاته ، الأمر الذى يوحى بأن ما تهدف اليه

المادة الرابعة من القانون المذكور هو النيل من أشخاص بذواتهم وتوقيع عقوبات تنطوي على الاعتداء على بعض الحقوق والحريات العامة وهو ما يتعارض مع المادة ٦٦ من الدستور . من هنا وازاء مخالفة المادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة١٩٧٨ لأحكام المواد ٤٥ ، ٤١ ، ٦٦ ، ١٨٧ من الدستور قامت المحكمة بعد أن أوقفت القرار المطعون فيه أوقفت الدعوى وأمرت بحالتها الى المحكمة الدستورية العليا للاختصاص بالنظر في مدى دستورية هذه المادة .

رأينا الخاص :

ابرز حكم محكمة القضاء الاداري جانبا ، تكلمنا عنه في القسم الأول وهو سلطة القاضي في تطبيق القانون وقد أوضحنا فيما سبق مدى سلطان القاضي على النص الذى يطبقه حتى أنه فى بعض الأحيان يخرج عن مدلول النص تماما وهوأمر لا مفر منه ما دمنا قد فصلنا السلطة التى أصدرت القانون عن تلك التى تطبقه والمهم هنا فى خصوصية المادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ وجب ايضاح أمر آخر وهو أن القاضى عند بحثه في الانحراف يكون ملتزما بدوره القضائى تماما وهو مالا يحدث دائما عند قيامه بتطبيق النص والمثال الواضح هو حكم محكمة القضاء الادارى سالف البيان فالمادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ لم تربط بين افساد الحياة السياسية والعزل أو بمعنى آخر لم تجعل من التثبت من افساد الحياة السياسية سببا للعزل وانما حددت على سبيل الحصر الحالات التى اعتبرتها افسادا موجبا للعزل فذهبت الى أنه لا يجوز الانتماء ... لكل من تسبب فى افساد الحياة السياسية قبل ثورة ١٩٥٢ سواء كان ذلك

... أى أنها حددت حالات الافساد فهى لم تربط العزل السياسى بثبوت افساد الحياة السياسية وتأكيدا لذلك جاء فى عجز المادة ان لصاحب الشأن أن يتظلم ... اذا لم يكن قد تقلد أحد هذه المناصب فالتظلم اذن ينصب فقط على عدم تقلد المتظلم أحد هذه المناصب فقط ، ومن هنا ظهر واضحا أن المادة لم تترك فرصة لامكان الافلات من تطبيقها ومن هنا كان تفسير القضاء الادارى لها تفسيرا قرن العزل السياسى بثبوت الافساد خروجا صريحا على تفسير النص وهو يصور بجلاء مدى تحايل القضاء على النصوص المقيدة للحريات محاولا التضييق ما أمكن من تطبيقها حتى ولو كان ذلك بالخروج عليها كما فعلت محكمة القضاء الادارى ومما أظهر أن المحكمة انما قرنت ثبوت الافساد بالعزل انما فعلت ذلك خروجا من تطبيق المادة على المدعين انها فى نهاية حكمها اشارت الى أن هذه المادة قصدت أشخاصا معينين ومن ثم أحالت الدعوى الى المحكمة الدستورية للفصل فى دستوريتها وهو قول يتناقض مع ما أثبتته أولا من أن نص المادة الرابعة تطلب ثبوت الافساد حتى يصبح قرار العزل صحيحا ، وما انتهت اليه فعلا من عدم ثبوت الافساد السياسى فى حق المدعين فلما اذن أحالت القانون فى مادته الرابعة للمحكمة الدستورية اذا كان القانون وفقا لتفسيرها وضع شرط عاما للعزل السياسى وهو افساد الحياة النيابية ؟

ومن هنا تبين لنا مدى خروج المحكمة على متقضى تطبيق القانون حماية للحقوق والحريات(١) والآن حق لنا التساؤل ما هى أوجه المخالفات الدستورية التى يمكن أو توجه لهذه المادة ؟

---

(١) انظر تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية فى الدعوى ٥٦ لسنة ١٩٠٦ ص ٤٠٥ .

ان حكم محكمة القضاء الادارى اشار الى نص المادة الخامسة من الدستور التى تقرر قيام النظام السياسى على أساس تعدد الأحزاب ، وكذلك المادة ١٨٧ التى تتناول عدم جواز رجعية القوانين وكذلك المادة ١٤١ التى تتناول القبض والحبس والتفتيش كقيود على الحرية الشخصية واخيرا المادة ٦٢ من الدستور التى نصت على أن للمواطن حق الانتخاب والترشيح وابداء الرأى فى الاستفتاء وفقا لأحكام القانون ومساهمته فى الحياة العامة واجب وطنى وقد نستنبطت المحكمة من ذلك أن هناك مبدأ عاما مقتضاه عدم جواز الحرمان المؤيد من مباشرة الحقوق السياسية واذا كان القانون ينظم كيفية مباشرة الحقوق السياسية إلا أنه لا يجوز له ان يهدر أصل هذا الحق تحت ستارا لتنظيم .

وبذات المفهوم تقريبا انتهت المحكمة الدستورية العليا الى عدم دستورية هذه المادة(١) وان كانت قد استندت فقط الى نص المادة الخامسة من الدستور والمادة ٦٢ منه وقد انتهت المحكمة الى أن عبارات المادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ تحرم فئة من المواطنين من حقهم فى الانتماء الى الأحزاب السياسية ومباشرة الحقوق والأنشطة السياسية انما تهدر أصل تلك الحقوق وتشكل اعتداء عليها بالمخالفة لحكم المادتين ٥ ، ٦٢ من الدستور .

واذا كان قضاء المحكمة الدستورية العليا قد انتهى الى مخالفة هذه المادة للدستور مخالفة مباشرة فما العلاقة بين هذه المخالفة المباشرة والانحراف بالتشريع فى هذه المادة ؟

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥٦ لسنة ٦ - جلسة ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦.

ان الاجابة على هذا التساؤل تقتضى منا ابراز عدة مفاهيم مستخرجة من قضاء المحكمة الدستورية العليا ومن قبلها من قضاء محكمة القضاء الادارى فى خصوص مدى دستورية هذه المادة ، فالناظر لهذا القضاء من هذه المحكمة أو تلك يجد أن كلتاهما قد رجحت عدم دستورية هذه المادة ، وذلك من تغليب مفاهيم ومبادئ عامة أنزلت على نصوص الدستور ومن جماع هذه المبادئ العامة أضحى نص هذه المادة مخالفا للدستور والمفهوم الأساسى أو المبدأ العام المستخرج من أحكام الدستور - وفقا لقضاء المحكمتين ، هو عدم جواز تأبيد الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية ، وهذا المبدأ غير منصوص عليه فى الدستور صراحة ، ذلك أن الدستور أحال صراحة الى القانون فى تنظيم هذا الحق .

من هنا نستطيع القول أن ما استنبطته المحكمة من جماع نصوص الدستور هو مبدأ عام يتفق بحق مع الطابع الديمقراطى للدستور .

ولكن أردنا أن نبرز أن المحكمة قد انتهت الى عدم دستورية هذه المادة استنادا الى مبدأ عام استنبطته من نصوص الدستور ذاتها فهو مبدأ تمليه مقتضى قواعد تفسير النصوص وعلينا الآن أن نوازن فى خصوص مدى دستورية المادة الرابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بين القول بعدم دستوريتها استنادا لمخالفتها لمبدأ تمليه نصوص الدستور وبين عدم دستوريتها استنادا الى وجود انحراف تشريعى أصاب هذه المادة .

ونحن من جانبنا وان كنا لا ننكر أن هذه المادة بحرمانها بعض الأفراد حرمانا مؤبدا من مباشرة حقوقهم السياسية ، قد أهدرت أصل الحق فى ممارسة النشاط السياسى المخول لهؤلاء الأفراد ، إلا أننا نؤمن تماما أن

الانحراف التشريعي يعيب هذه المادة أكثر مما يعيبها مخالفة مقتضى تنظيم مباشرة الحقوق السياسية .

ذلك أنه قد تثور الى الأذهان بعض الطوائف المحرومة مدة طويلة من مباشرة الحقوق السياسية بسبب وظائفها كرجال الجيش والشرطة وأعضاء الهيئات القضائية[1]. فهذه الطوائف محرومة أيضا من المشاركة فى النشاط السياسى وان اختلفت درجات الحرمان وهذا الحرمان لمدة طويلة فهو سارى طوال مدة تقلدهم الوظائف التى يشغلونها ، وهى مدة طويلة للحرمان من مباشرة الحقوق السياسية فهل يمكن القول أن حرمانهم هذا مخالف للدستور ؟

ان مناط حرمانهم هذا قد وضعه المشرع بما له من سلطة تقديرية فى تنظيم مباشرة هذه الطوائف لحقوقها السياسية ، وهو حرمان قدره المشرع لخطورة انغماس هذه الطوائف فى الحياة السياسية وفى ذات الوقت وبمقتضى سلطة المشرع التقديرية أيضا رأى فى استبعاد من أفسدوا الحياة السياسية قبل الثورة من مباشرة الحقوق السياسية حماية للتجربة الوليدة من الاجهاض - وفقا لتقديره - أى فى كلتا الحالتين استعمل المشرع سلطته التقديرية غير أنه فى الحالة الأولى ربط بين تقلد هذه الوظائف والمنع من مباشرة الحقوق السياسية وفى الحالة الثانية ربط بين الافساد السياسى

---

(١) منعت المادة الأولى من القانون ٧٣ لسنة ١٩٥٦ المعدل بالقانون ٧٦ لسنة ١٩٧٦ ، رجال الجيش والشرطة من ابداء رأيهم فى الاستفتاءات وانتخاب أعضاء مجلس الشعب ومنعتهم المادة ٦ من القانون ٤ لسنة ١٩٧٧ من الانتماء لعضوية أى حزب سياسى هم وأعضاء الهيئات القضائية وأعضاء السلكين الدبلوماسى والقنصلى وافراد المخابرات وهذا المنع الوظيفى من المفترض أن يبقى مدة لا تقل عن ثلاثين عاما بل قد تصل فى بعض الأحوال الى أكثر من خمسة وثلاثين سنة .

والمنع من مباشرة الحقوق السياسية وطبيعة هذا الربط في الحالة الأولى أنه مؤقت ، واما الربط في الحالة الثانية فهو ارتباط دائم ومن هنا كان الفارق الضئيل - في رأينا - بين هاتين الحالتين فتأقيت الحالة الأولى يمتد الى العمر الوظيفي لرجل الجيش أو القاضي وهو عمر في الأحوال العادية يزيد على الثلاثين عاما فأي فارق ضئيل بين الحالتين ؟

ومن هنا نستطيع أن ننتهي أن من نتائج القول بأن نص المادة الرابعة خالف أحد مبادئ الدستور العامة أن تلتزم المحكمة بهذا المبدأ عند فحصها لسائر الدعاوى الأخرى ضد مباشرة الحرمان السياسي لمدد مختلفة وعليها أن تقرر في كل مرة عما اذا كانت هذه المدة تقترب من الحرمان المؤبد أم أنها مدة مناسبة تدخل في سلطة المشرع التنظيمية ، وهذا التقدير تمليه على المحكمة وظيفتها في حماية الحقوق والحريات من أن يتغول عليها المشرع ويهدرها تحت ستار التنظيم ومن هنا تتدخل المحكمة في سلطة المشرع التقديرية لتضع قيودا عليها وهي قيود تمليها طبيعة دور المحكمة في حماية الدستور من ناحية والحقوق والحريات من ناحية أخرى .

من هذا العرض يظهر لنا أن هناك تدخلا في سلطة المشرع التقديرية بصورة أو بأخرى من جانب المحكمة وهو تدخل مشروع ولكن في خصوصية هذه المادة لما كان عيب الانحراف التشريعي اقوى وأوضح ؟

إن قوة الانحراف التشريعي في هذه المادة تستند الى أن قرائن الانحراف فيها مستمد من ذات نصوص القانون فالمادة الرابعة نفسها ، استثنت من تطبيق أحكامها الحزب الوطني والحزب الاشتراكي فلم يبق من الأحزاب السياسية التي يباشر قادتها النشاط السياسي وينطبق عليهم حكم

هذه المادة سوى قادة حزب الوفد الجديد ولم يكتف القانون بذلك ، فالمادة السابعة منه نصت على حق رئيس الجمهورية فى استثناء من يشاء من تطبيق أحكام المادة الرابعة وأصدر رئيس الجمهورية فعلا قرارا باستثناء بعض الأشخاص من تطبيق هذه المادة[1] ، بما أصبح نص المادة الرابعة لا ينطبق الا على بعض قادة حزب الوفد الجديد ، وليس أدل على قصد هؤلاء الساسة القدامى من تصريحات رئيس الجمهورية بأنه هدف من هذا عدم عودة قادة الوفد القدامى الى ممارسة الحياة السياسية[2] ، وأخيرا وليس أدل على قصد القانون لهؤلاء الساسة من طرح رئيس الجمهورية المبادئ الواردة فى المادة الرابعة من صورة استفتاء وتضمن هذا الاستفتاء التزام مجلس الشعب بأن ينزل ما ورد به - بالاستفتاء - منزلة النصوص التشريعية فهو يدل ليس فقط على اساءة استعمال حق الاستفتاء والتدخل فى أعمال السلطة التشريعية تدخلا سافرا يسلب اختصاصها بالتشريع بل يدل على مدى الأصرار على عزل هؤلاء الساسة وان يظهر هذا العزل فى صورة ديمقراطية عن طريق الاستفتاء والقانون ، فهنا يستقيم القول أن قصد تطبيق هذه المادة على أشخاص محددين ومعروفين بصفة قاطعة لم يجعل القانون سوى قرار ادارى ما دام قد افتقد العمومية والتجريد ، واذا كانت قرائن الانحراف واضحة وقاطعة بل ان المشرع حدد حالات الافساد ولم يترك حتى للقضاء سلطة التثبت منه - من الافساد السياسى - وفقا للتفسير الصحيح لنص هذه المادة من هنا كان القول بالانحراف ، يفضل فى

---

(١) قام السيد رئيس الجمهورية باستثناء كلا من السيد ابراهيم عبدالهادى والسيد محمد صلاح الدين من تطبيق هذه المادة ، انظر في انتقاد هذا الاستثناء د/ وحيد رأفت - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

(٢) انظر حديث الرئيس السادات لجريدة مايو فى ٤ مايو سنة ١٩٨١ .

رأينا القول بمخالفة هذه المادة لمقتضى تنظيم مباشرة الحقوق السياسية لأن القول بأن المشرع خرج عن نطاق التنظيم أو لم يخرج عنه هو أمر يقتضى من المحكمة التدخل فى تحديد مقتضى التنظيم حتى ولو كان الخروج صارخا ، كما هو فى هذه المادة وهو ما يعنى التدخل ولو بقدر ضئيل فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع ولو كان هذا التدخل تحت ستار التفسير ولكن القول بالانحراف ليست فيه أدنى شبهة للتدخل فى سلطة المشرع التقديرية، فالقول بالانحراف قائم على موازنة أدلة وقرائن دونما تدخل فى نطاق عمل المشرع ، بل يبقى القاضى عندما يوازن الأدلة فى نطاق عمله القضائى لا يخرج عنه ويبرز هنا مدى ما فى القول بالانحراف من بعد عن تدخل القاضى الدستورى ولو بشكل ضئيل فى سلطة المشرع التقديرية وهو ابلغ رد على المتخوفين من اعطاء القضاء سلطة البحث عن الانحراف وأخيرا يمكننا أن ننتهى الى أن المحكمة الدستورية العليا فى قضائها بمخالفة هذه المادة للدستور مخالفة موضوعية مع ما فيه من تقييد لنفسها فى بحثها المستقبل فى سائر الدعاوى الدستورية التى قد تقام أمامها من أشخاص آخرين يمنعهم المشرع من مباشرة حقوقهم السياسية[1] ، فهى ستلتزم بالبحث فى كل حالة عما اذا كان المشرع قد نظم هذا المنع أم أهدر أصل الحق فى مباشرة الحقوق السياسية ، هذا القضاء من قبل المحكمة يعد امتدادا طبيعيا لقضائها المطرد على رفض الافصاح عن امكانية البحث عن الانحراف التشريعى من ناحية وعن المبدأ الصريح الذى يقضى بأن المخالفة الموضوعية تغنى عن البحث فى سائر أوجه العيوب الدستورية الأخرى .

وقبل أن ننتهى من فحص مدى دستورية هذه المادة من القانون ٣٣ لسنة

(١) انظر نص المادة الخامسة من ذات القانون ٣٣ لسنة ٧٨ .

١٩٧٨ يجدر بنا أن نبحث مدى دستورية المادة الخامسة فقرة أ والمادة السابعة منه . فالمادة الخامسة نصت على أن يسرى الحظر المنصوص عليه فى المادة السابعة على الفئات الآتية :

(أ) من حكم بادانته من محكمة الثورة فى الجناية رقم ١ لسنة ١٩٧١ ممن شكلوا مراكز قوى بعد ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ .

(ب) من حكم بادانته فى احدى الجرائم المتعلقة بالمساس بالحريات الشخصية للمواطنين والتعدى على حياتهم الخاصة أو ايذائهم بدنيا أو معنويا .

(جـ) من حكم بادانته فى احدى جرائم الاخلال بالوحدة الوطنية والسلام الاجتماعى ... وذلك كله مالم يكن المحكوم عليه قد ورد اليه اعتباره .

وهذه المادة معيبة فى الفقرة (أ) منها بعيب مخالفة الدستور مخالفة موضوعية ذلك أنها حددت اشخاصا معروفين سلفا ومحددين بذاتهم لحرمانهم من الحقوق السياسية عكس ما فعلت فى الفقرة (ب) ، (جـ) ، حيث حددت المحرومين بصورة صحيحة اذ قرنت الحرمان بارتكاب أحد الجرائم ، فهم أعضاء الطائفتين (ب) ، (جـ) - محددين بطريقة موضوعية تتفق مع مقتضى العمومية والتجريد ولم يحدد المشرع أفراد هاتين الطائفتين بذواتهم بل حددهم بصفاتهم عكس ما حدث فى الفقرة (أ) حيث حددهم المشرع بذواتهم ، حيث تحدثت الفقرة عن جناية محددة بذاتها ولم تتحدث عن جرائم معينة وهو ما يبرز الفارق بين مخالفة العمومية والتجريد بصورة صريحة كما هو حادث فى الفقرة (أ) من المادة الخامسة سالفة البيان وبين

مخالفة قاعدة العمومية والتجريد بصورة مستترة كما حدث فى المادة الرابعة حيث أظهر تحليل هذه المادة قصد المشرع لاشخاص محددين ومعلومين سلفا له ولم يظهر هذا القصد الا بالكشف عن غاية وغرض المشرع أى بالكشف عن الانحراف التشريعى .

أما المادة السابعة من ذات القانون فقد أعطت رئيس الجمهورية سلطة الاستثناء من تطبيق أحكام المواد ٤ ، ٥ ، ٦ ، فما مدى صحة هذا الاستثناء طبقا لمفهوم العمومية والتجريد الصحيح ؟

أوضح قسم التشريع أنه[١] يجب ملاحظة التفرقة الدقيقة بين الحالة التى تتضمن فيها نصوص القانون ما يسمح باستصدار قرارات فردية فى حالات خاصة بالذات بالاعفاء من الخضوع لحكم القانون وهو أمر غير جائز - وبين أن يتضمن القانون ذاته بيانا بالأحوال التى يتعطل فيها سريان ما به من قواعد كلما توافرت الضوابط والشروط التى يحددها سلفا ويترتب عليها خروج حالة بذاتها من نطاق الخضوع لحكم تلك القواعد عند توافر تلك الضوابط والشروط فى شأنها ويترتب على صدور قرارات فردية بإخراج حالات خاصة من نطاق الخضوع لقانون رغم توافر شروط انطباقه عليها انحصار صفة العمومية والتجريد عن أحكام القانون وتحوله الى الحالات الفردية كما تفقد الشروط الموضوعية المحددة فى القانون سلفا دورها كمعيار لبيان مجال انطباق القانون ويصبح حتى الخاضعون لأحكامه انما يخضعون له بذواتهم وبمفهوم المخالفة لقرارات الاستثناء له بأوصافهم الموضوعية أو بمراكزهم القانونية والقاعدة القانونية لا تفقد صفاتها الجوهرية القائمة على اجتماع خصيصتين العمومية والتجريد وذلك عند

---

(١) مجموعة مبادئ قسم التشريع فى خمسة سنوات ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩ - ص٤٦ .

انزال حكم القاعدة القانونية على كل حالة تتوفر فيها شروط انطباقها المحدد سلفا فى القانون ودون نظر الى الحالات الخاصة أو المؤشرات الفردية وهنا يكون خروج بعض الحالات من مجال الخضوع للقانون أمراً مرهونا بما يسفر عنه نقض شروط تطبيق القانون على الحالات التى تعرض فى التطبيق فينطبق حكم القاعدة حسبما تتوفر تلك الشروط الموجودة سلفا فى القانون وتخرج الحالة محل التطبيق من نطاق القاعدة القانونية متى ارتفعت تلك الشروط[1]، ولهذا انتهى القسم الى أنه لا يجوز بقانون استثناء حالة فردية من تطبيق أحكام قانون قائم بل ان السبيل الى ذلك هو وضع قاعدة مجردة عامة تشمل معالجة الحالة المطلوب استثناءها والحالات المماثلة[2] كما أنه لايجوز النص فى القانون على تخويل الجهة الادارية سلطة الخروج على أحكامه فى الحالات التى تراها دون بيان الضوابط التى تحدد الحالات التى يجوز فيها هذا الخروج ومقتضى ذلك هو عدم دستورية المادة السابعة من القانون ٣٣ لسنة ١٩٧٨ لأنها خالفت المفهوم الصحيح لمقتضى العمومية والتجريد ذلك المقتضى الذى يمنع اطلاق سلطة رئيس الجمهورية من الاستثناء من تطبيق أحكام القانون أى أن المادة السابعة خالفت الدستور مخالفة صريحة ، أما المادة الرابعة فقد خالفته مخالفة مستترة لم يكشف عنها سوى اظهار حقيقة قصد المشرع من اتجاهه لأشخاص محددين سلفا بهذه المادة ، وهو القصد الذى يحاولة كشفه يقوم القاضى بمباشرة عمله دون تجاوز منه فى حين أننا اذا تركناه يفسر الدستور ويطبقه لجاز له - بل كان من المحتم أن يفرض مبادئه العامة على هذا التفسير - فى حين أنه فى مجال الانحراف يحاول بالدليل المادى وبالقرائن الموضوعية اظهار قصد المشرع الحقيقى ومقارنته بالصالح العام .

---

(١) ملف رقم ٥٥ لسنة ٧١ - جلسة ١٩٧١/٣/٩ .

(٢) المرجع السابق - ص ٧٤ ، ملف ١٦٧ لسنة ٧٢ - جلسة ١٩٧٢/٧/٢٤ .

المبحث الثالث

قوانين المحاماة

كان لتوقيع اتفاقية السلام مع إسرائيل عام ١٩٧٩ أثره البالغ على الحياة السياسية وعلى مدى التوازن النسبى بين السلطات المختلفة ، ذلك أنه بعد البدء فى تكوين رأى عام نتيجة الحرية النسبية لصحف المعارضة وحرية فى الانتخابات عام ١٩٧٦ جاء توقيع الاتفاقية دون تمهيد مسبق ودون مشاركة فعلية من ممثلى الشعب وقيام رئيس الجمهورية بابرامها منفردا ودون أن تحشد القوى السياسية لمثل هذا الحدث أصبح رئيس الجمهورية متحملا واقعا وعملا ما يمكن أن ينتج عنها من أصداء ، ولهذا تدخل رئيس الجمهورية بكل ما لديه من سلطات لمحاولة العمل على تقبل هذه الاتفاقية شعبيا ومن ثم استخدم كل ما أوتى من قوة من اخماد المعارضة لهذه الاتفاقية ، .وكان لضخامة الحدث ودون انبعاثه من خلفية شعبية راسخة أثره فى استخدام رئيس الجمهورية جميع سلطاته الدستورية وتطويعها لمحاولة ترسيخ هذه الفكرة - فكرة السلام - ومن هنا كان من الممكن فهم قيام رئيس الجمهورية بحل مجلس الشعب الذى وافق على الاتفاقية وتدخل الحكومة تدخلا كبيرا فى الانتخابات التى جرت بعد ذلك وما ذلك الا لاخضاع مجلس الشعب وتجنيده فى تنفيذ كل ما تمليه هذه الاتفاقية من شروط على مصر وعملا على ترسيخ الفكرة داخل هذه المؤسسة الدستورية وذلك على الأقل بمنع انتقاد المعاهدة داخل المجلس[(١)] ، وهو ما يفسر أيضا ما أضافه القانون ٣٦ لسنة ١٩٧٩ على قانون

---

(١) د/ وحيد رأفت : القوانين المنظمة للحريات - ص ٢٩ ، حيث يذكر طرفا من مدى التدخل فى هذه الانتخابات .

الأحزاب السياسية من اشتراط عدم انتماء أو ارتباط قيادات أى حزب مع الأحزاب أو التنظيمات المناهضة لمعاهدة السلام ، أي أنه باختصار كانت الإجراءات التي يقوم بها رئيس الجمهورية تعنى في الأمر الواقع اعلانه حالة الطوارئ واستخدامه لكل قوته لمحاولة جذب أي قوى تناهض معاهدة السلام .

وبعد توقيع هذه المعاهدة تبنى مجلس نقابة المحامين أمر الهجوم عليها وعقد الندوات الموضحة لمساوئها والتحذير من أخطارها ، وكانت انتخابات النقابة لعام ١٩٨٠ قد أسفرت عن فوز ساحق لعدد كبير من المعارضين للمعاهدة واستمرت النقابة فى سياستها هذه واتخذت من صحف المعارضة سندا لها ومن هنا بدأ الصراع بين مؤسسة الرئاسة وبين مجلس النقابة ذلك لأن نشاطها سيؤدى الى إنهيار فكرة السلام وهوما يؤدى بالطبع الى المساس بمؤسسة الرئاسة بوصفها المسئولة عن هذه الفكرة ، وقد بدأت محاولات النيل من مجلس النقابة من الداخل فى محاولة عدد من المحامين المنتمين الى الحزب الحاكم سحب الثقة من مجلس النقابة بغير الطريق المرسوم بالقانون ، إلا أن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح[١] ، وقد أرسل رئيس الجمهورية رسالة الى مجلس الشعب طلب فيها التحقيق فيما نسب الى بعض أعضاء مجلس النقابة من وقائع ولما عرضت هذه الرسالة على اللجنة العامة بالمجلس أوصت بتشكيل لجنة لتقصى الحقائق بشأن تلك الوقائع ، وقد وافق مجلس الشعب على ذلك وشكلت اللجنة فى ١٣ يوليو ١٩٨١ وقامت اللجنة بالمهمة الموكولة اليها ، وقدمت تقريرها الذى ثبت

(١) انظر تفاصيل هذا الصراع فى العدد الوثائقى لمجلة المحاماه - سنة ١٩٨ - مايو ويونيو ١٩٨٣ - العددان الخامس والسادس .

فيه ادانة بعض أعضاء مجلس النقابة والنقيب الأمر الذى يستوجب انهاء مهمة مجلس النقابة الحالى وتشكيل مجلس مؤقت يتولى ادارة النقابة حتى يتم اعداد مشروع قانون متكامل للمحاماة[١].

وعليه صدر المشروع بقانون الذى أصبح القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ناصا فى مادته الأولى على أن تنتهى مدة عضوية نقيب المحامين الحالى وأعضاء مجلس النقابة العامة الحاليين من تاريخ نفاذ هذا القانون ونصت المادة الثانية على أن يشكل مجلس مؤقت للنقابة من خمسة وثلاثين عضوا يختارهم وزير العدل ... ويكون لمجلس النقابة المؤقت جميع الاختصاصات المقررة لمجلس النقابة العامة بموجب قانون المحاماة الصادر بالقرار بقانون رقم ٦١ لسنة ٦٨ كما يكون للنقيب المؤقت جميع الاختصاصات المقررة للنقيب فى القانون المذكور ونصت المادة الثالثة على أن يقوم المجلس المنصوص عليه فى المادة الثانية من هذا القانون باعداد مشروع قانون للمحاماة ، ونصت المادة الرابعة على أن يوقف العمل بأحكام المواد ١٢ - ١٩ من قانون المحاماة الصادر بالقرار بالقانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ الى حين انتخاب النقيب ومجلس النقابة ، ونصت المادة الخامسة على الغاء ما يتعارض مع أحكام هذا القانون من أحكام القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨[٢]، وقد أقام مجلس النقابة الدعوى رقم ٢٤٧٦ لسنة ٣٥ أمام محكمة القضاء الادارى طالبين وقف تنفيذ والغاء القرارين الصادرين بحل مجلس نقابة المحامين وبتشكيل مجلس نقابة مؤقت وفى ١٩٨١/٨/١١ أجلت المحكمة

(١) انظر مضبطة الجلسة الثالثة والثمانين ، دور الانعقاد العادى الثانى ٢٢ يوليو ١٩٨١ ، وانظر مشروع الاتراع بقانون .

(٢) انظر الاقتراحات على هذا القانون - مضبطة مجلس الشعب - المرجع السابق - ص ١٤ ، ١٥.

نظر الدعوى ليرفع المدعون الدعوى بعدم دستورية القانون المشار إليه أمام المحكمة الدستورية العليا خلال الأجل الذي قررته ودار الطعن على هذا القانون على ثلاثة محاور أولها أن هذا القانون هو فى حقيقته قرار قضائى بحل مجلس النقابة وهو يمثل اغتصابا لسلطة القضاء والمحور الثانى ان هذا القانون فى الحقيقة قرار ادارى اتخذ زيفا شكل القانون ، والمحور الثالث أن هذا القانون يمثل عدوانا على الحياة النقابية المكفولة وفقا لنص المادة ٥٦ من الدستور[١]، وقد انتهى تقرير هيئة المفوضين لدى المحكمة الدستورية العليا الى عدم دستورية هذا القانون وذلك استنادا الى ما يأتى:

١- ان القانون المطعون فيه وان كان يتكون من خمس مواد إلا أنه يعتبر كلا لا يتجزأ وان مواده الخمسة ترتبط ببعضها ارتباطا وثيقا ، وأنه يكفى ابطال المادة الأولى منه ان كان لذلك ثمة وجه كى ينهار القانون من أساسه اذ لا يتصور بعد ابطال نص المادة الأولى من القانون المذكور أن يكون الباقى من نصوص القانون المطعون عليه لها مجال لتطبيقها فهى جميعا رهينة بنفاذ المادة الأولى منه ..

٢- تناول التقرير باستفاضة امكانية الطعن فى القوانين بعيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية وانتهى التقرير الى امكانية ذلك غير أنه يتعين أولا بحث مدى مخالفة القانون لنصوص الدستور ومبادئه نظرا لأن الانحراف عيب احتياطى .

٣- أنه بتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ، فان المشرع يجب أن يلتزم فى تشريعاته بأن تصدر عامة مجردة إلا أنه فى المادة الأولى من هذا

(١) انظر مجلة المحاماة - المرجع السابق - ص ٢١ ، ٢٣ ، وانظر عريضة الدعوى المقدمة للمحكمة الدستورية ورد الحكومة عليها وهى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ ق ، دستورية عليا .

القانون وفقا للفظها وما تؤكده الأعمال التحضيرية لها فان حكم هذه المادة قصد به أشخاص محددون ومعينون بصفتهم - يضمهم تشكيل نقابى وحيد وقد وضع هذا الحكم لخالاتهم خصيصا بالذات فحكم هذه المادة بذلك لم يعد عاما مجردا وجاء مخالفا للدستور لخروجه عن اختصاص مجلس الشعب وتعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات وهو من المبادئ الأساسية التى يقوم عليها بناء الدستور المصرى وبالاضافة الى ذلك فان هذا القانون يخرج من ولاية المجلس التشريعية حيث يبين بجلاء أن السبب الدافع لهذا القانون والباعث الحقيقى لاصداره هو ما نسب الى مجلس النقابة من مخالفات وعليه فان صدور القانون بحل مجلس النقابة يعتبر انحرافا من المشرع عن مجال التشريع وغايته التى تستهدف تنظيم الأوضاع والمراكز القانونية بقواعد عامة مجردة ولما كان نص المادة الأولى مخالفا للدستور وكانت نصوص القانون مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة فان ذلك يستتبع عدم دستورية القانون كله[1].

التعليق على دستورية القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ وتقرير الهيئة :

أن الواضح من تقرير هيئة المفوضين عن القانون انها قد اعتنقت فكرة الانحراف التشريعى كما أبرزها المرحوم الدكتور السنهورى ، والتقرير فى مجمله يعتبر تطورا واضحا فى خصوص تناول فكرة الانحراف أمام المحكمة الدستورية العليا ذلك أنه وان كانت فكرة الانحراف التشريعى قد نوقشت من قبل فى تقارير مفوضى المحكمة العليا إلا أن هذا التقرير أخذ بها صراحة والتقرير أصاب الحقيقة فيما تضمنه من تضافر كل مواد

---

(١) تقرير المستشار كمال محفوظ أمام المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ٤٧ لسنة ٣ ق .

القانون لتكون وحدة واحدة ولا يمكن تجزئتها بحيث أن قضى بعدم دستورية المادة الأولى منه انهار القانون كله إلا أن التقرير لأنه أخذ بنظرية دكتور السنهورى عن الانحراف التشريعى وطبق الغرض الخاص بوجوب أن يكون التشريع متصفا بالعمومية والتجريد وإلا كان معيبا بالانحراف إلا أنه أضاف الى هذا الغرض أن التشريع خرج به مجلس الشعب عن اختصاصه وتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات فى حين أنه وفقا لما سبق وأوضحناه عن الفيصل فى الانحراف التشريعى والعيوب الموضوعية الأخرى فان هذا القانون في مادته الأولى وهو واضح تجرده من العمومية الواجبة فيه انما يعنى أنه يعد قرارا اداريا صادرا فى غير الحالات التى حددها الدستور للمشرع ليصدر فيها قرارات ادارية فى صورة قانون من هنا صح ما ورد فى التقرير عن أنه صادر فى غير حالات اختصاص مجلس الشعب ومن ثم لن نصل الى بحث الانحراف لأنه بالطبع عيب احتياطى ومن هنا كان التشريع معيبا بعيب موضوعي وليس معيبا بالانحراف إلا أن الملاحظة هنا هو أن اعتناق نظرية دكتور السنهورى على اطلاقها يؤدى فى بعض الأحيان إلى الخلط بين عيب الاختصاص وعيب الغاية وهو ما حدث فى تقرير هيئة المفوضين وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا عند نظرها الطعن فى دستورية هذا القانون[1]، الى عدم دستوريته استنادا الى مخالفته لنص المادة ٥٦ من الدستور التى تنص على أن انشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون وتكون لها الشخصية الاعتبارية وينظم القانون مساهمة النقابات والاتحادات فى تنفيذ الخطط والبرامج الاجتماعية فمؤدى هذا النص أن المشرع لم يقف عند حد ما كان مقررا فى الدساتير

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٨٣/٦/١١ - القضية ٤٧ لسنة ٣ ق دستورية .

السابقة من كفالة حق تكوين النقابات وتمتعها بالشخصية الاعتبارية بل جاوز ذلك الى تقرير مبدأ الديمقراطية النقابية فأوجب أن يقوم تكوين النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى وحرية الرأى والاختيار هما من الحريات والحقوق العامة التى تعد ركيزة لكل صرح ديمقراطى سليم وعليه وجب أن يكون لأعضاء النقابة الحق فى أن يختاروا بأنفسهم وفى حرية قياداتهم النقابية التى تعبر عن ارادتهم وتنوب عنهم ، الأمر الذى يستتبع عدم جواز اهدار هذا الحق بحظره أو تعطيله وعليه فاذا كان القانون قد اقصى أعضاء مجلس النقابة الذين تم اختيارهم بطريق الانتخاب من قبل أعضاء النقابة عن غير طريق هيئة الناخبين المتمثلة فى الجمعية العمومية للنقابة فعطل حق اختيارها لهم وحال دون هذه الجمعية وانتخاب أعضاء جدد لشغل تلك المناصب فيما نصت عليه المادة الرابعة من القانون من وقف العمل بأحكام المواد ١٢ - ١٩ مما يجعله مخالفا لنص المادة ٥٦ من الدستور واذ ترتبط باقى المواد بها يصبح القانون فى مجمله غير دستورى والحكم بهذا يكون قد ابتعد عن الأخذ بفكرة الانحراف التشريعى وهى فعلا غير موجودة بالنسبة لهذا القانون ، ولكنه لم يشر من قريب أو بعيد الى خروج القانون عن العمومية والتجريد ، وفكرة الاختصاص وذلك فيما نرى بعدا منه عن الأخذ بفكرة دكتور السنهورى عن الانحراف التشريعى ، إلا أن الحكم فيما قام به من تفسير صحيح لمدلول الديمقراطية وأنها تقوم على حرية الرأى والاختيار قد فسر هذا اللفظ الاصطلاحى تفسيرا صحيحا ونرجو أن يكون ذلك مبدأ مستقرا تتبعه المحكمة فيما يعرض عليها من دعاوى تدور حول مفهوم الديمقراطية .

ولا يفوتنا مع تأييدنا لتفسير المحكمة الدستورية لكلمة الديمقراطية ،

أن نشير الى الفارق بين تفسير المحكمة للفظ الديمقراطية تفسيرا قد تأخذ فيه بكافة عناصر الديمقراطية وقد لا تأخذ الا بمفهومها الخاص عن الديمقراطية وبين أن تقضي بعدم دستورية هذا القانون لخروجه عن قاعدة العمومية والتجريد حيث أنها في الحالة الأخيرة لا تطبق مفهوما خاصا بها وانما تطبق مقتضى قاعدة موضوعية ظاهرة وغير قابلة للخلاف .

القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣[١] :

وبعد صدور تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا وقبل أن تفصل المحكمة الدستورية ذاتها في النزاع صدر القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن اصدار قانون المحاماة ناصا في مادته الأولى على أن يعمل بأحكامه بشأن المحاماة والغاء القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ والقانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ، ونصت المادة الثانية على أن تشكل لجنة مؤقتة من أحد عشر محاميا من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض ... وتتولى هذه اللجنة الاشراف على انتخابات نقيب وأعضاء مجلس النقابة العامة ويتولى اختيار أعضاء اللجنة المشار اليها في الفقرة الأولى ، لجنة ثلاثية برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية رئيس مجلس الدولة ورئيس محكمة استئناف القاهرة ونصت المادة الثالثة على أن تتولى هذه اللجنة (المكونة من المحامين) الاختصاصات المخولة لمجلس النقابة العامة المنصوص عليها في القانون المرافق وتختار من بين أعضائها رئيسا لها تكون له الاختصاصات المقررة لنقيب المحامين ونصت المادة الخامسة على أن تنتهي مهمة اللجنة

---

(١) الجريدة الرسمية - العدد ١٣ تابع في ١٩٨٣/٣/٣١ وكان قبل ذلك قد صدر القانون ١٠٩ لسنة ٨٢ بتعديل المادة الثانية من القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ - جريدة رسمية - العدد ١٩ تابع ٢ في ٢٣ يوليو ١٩٨١ .

المشار اليها فى الفقرة الأولى من المادة الثانية ، إعلان نتيجة انتخاب أعضاء مجلس النقابة العامة على أن يكون ذلك فى موعد لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وتضمنت باقى مواده تنظيما لمهنة المحاماة وقد أبرزت المذكرات المقدمة أمام المحكمة الدستورية العليا أوجه الطعن على هذا القانون ، على اساس امتداد أوجه البطلان التى كانت موجودة بالقانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ، اليه كما أنه يتضمن انحرافا بالتشريع ، لأنه يعد تدخلا فى عمل السلطة القضائية فى خصوص قضية معينة منظورة أمام المحكمة الدستورية العليا لشل يدها عن أعمال أثر ما قد تحكم به من ابطال للقانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١[1] ، ودفعت الحكومة باعتبار الخصومة منتهية نظرا لصدور القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ بالغاء القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ولكن المحكمة بحق ذهبت الى أن الالغاء التشريعى لهذا القانون الذى لم يرتد بأثره الى الماضى لا يحول دون النظر والفصل فى الطعن بعدم الدستورية من قبل من طبق عليهم ذلك القانون خلال فترة نفاذه وترتيب بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة لهم وبالتالى توافرت لهم مصلحة شخصية فى الطعن بعدم دستوريته ووجب لذلك بحث مدى صحة هذه الآثار والتى انطبقت على المدعيين ورفضت طلب اعتبار الخصومة منتهية وقد آثار صدور هذا القانون تساؤلات عديدة فى البرلمان أثناء مناقشته عن دستوريته بوصفه تدخلا فى عمل السلطة القضائية بخصوص قضية منظورة أمامها وأن الغاء القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ فيه حجب عن المحكمة الدستورية العليا لتدلى بقولها فى دستورية القانون[2] ، وفى

(١) انظر العدد الوثائقى من مجلة المحاماة - ص ١٧٤ .

(٢) انظر مضبطة مجلس الشعب - جلسة ٤٨ دور الانعقاد العادى الرابع فى ٢٦ مارس ١٩٨٣ - ص ٢١ - كلمة السيد ممتاز نصار .

مواجهة هذه الاعتراضات ذهب بعض الأعضاء الى أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يجب أن يكون حائلا بين السلطة التشريعية وأدائها لواجبها في التشريع بدعوى أن هناك دعوى منظورة أمام القضاء[١].

التعليق على مواد الاصدار:

لا خلاف على أنه لا تثريب على المشرع ان اراد أن يصدر قانونا فى أى وقت يشاء وليست هناك ثمة قيود علي حقه هذا ولكن هناك فى خصوص علاقته بالسلطة القضائية قيدا واحدا يمليه مبدأ الفصل بين السلطات ألا وهو ما نصت عليه المادة ١٦٦ من الدستور من أن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأى سلطة التدخل فى القضايا أو شئون العدالة واذا كانت مواد اصدار القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ تحمل بذاتها نفس العيوب التى اعتورت القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ سواء بأنها لم تتضمن قواعد عامة مجردة أو أنها أصرت على عدم مباشرة المحامين أنفسهم ادارة شئون نقابتهم وأقامت لجنة مؤقتة لادارة النقابة على خلاف ما هو ملزم فى الدستور من وجوب قيام المحامين أنفسهم بانتخاب من يمثلهم فان مواد الاصدار تضمنت بالاضافة الى ذلك عيب الانحراف التشريعى ، بل أن هذا العيب أظهر فى هذا القانون من العيوب الأخرى حتى أنه وان كان عيبا احتياطيا إلا أنه واجب الاظهار وأن فعلته المحكمة صراحة ذلك أن المشرع وان كان يملك تنظيم اعمال القضاء وان يحدد اختصاصات الجهات القضائية بقانون ، إلا أنه لا يجوز أن يتخذ من سلطة التنظيم هذه ستارا للتدخل فى أعمال السلطات القضائية وهو ما

(١) انظر كلمة السيد حسن حافظ - نفس المضبطة ص ٢٤ .

حدث بالنسبة لهذا القانون ، حيث أن المشرع استتر وراء اختصاصه الأصيل بتنظيم مهنة المحاماة ليهدر ما قد تصدره المحكمة الدستورية العليا من حكم بعدم دستورية القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ، فأصدر القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ وضمنه نفس العيوب التى كانت موجودة فى القانون السابق والحكم بالانحراف واجب الاشارة اليه في مثل هذه الحالة ليس فقط لابطال التشريع ولكن بما تظهره فكرة الانحراف من قدرة القضاء الدستورى على قطع الطريق أمام هذا التحايل خاصة وأن المشرع يعلم أن المحكمة الدستورية العليا لن تتصل بفحص دستورية أى قانون إلا إذا رفع أولا أمام احدى المحاكم بعدم دستوريته[1]، فهى لا تملك ابتداء فى مثل هذه الحالة التى نحن فيها ان تقضى وهى تفحص دستورية القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ بعدم دستورية القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ حتى ولو دفع بذلك أمامها ، واصرار المشرع من ثم على توقى صدور حكم بعدم دستورية قانون ما من المحكمة الدستورية العليا ، وذلك باصداره قانونا آخر يتضمن نفس المخالفات السابقة أمر يؤدى فى النهاية الى انهيار فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فالمشرع بما قام به بإصدار القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ انما أهدر مبدأ الفصل بين السلطات ونص المادة ١٦٦ من الدستور ولكن هذا الاهدار لم يأت جهرا ولا يستطيع القول به بمجرد مطالعة نصوص القانون ولكننا نكتشفه بعد استظهار الظروف التى صدر فيها فأمام القاضى الدستورى الذى لم يبحث فى الظروف المحيطة باصدارمثل هذا

---

(١) تنص المادة ٢٧ من القانون ٤٨ لسنة ٧٩ على أن يجوز للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المعروض عليها فالقانون ١٧ لسنة ٨٣ لا يتصل بالقانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ لأن هذا الأخير قانون وقتى .

القانون لن يجد سوى استخدام المشرع لحقه فى تنظيم مهنة المحاماة من ناحية ومن ناحية أخرى إذا عن له فحص دستورية مواد الاصدار وانتهى الى أنها غير دستورية وانها مخالفة للدستور مخالفة موضوعية فان ما انتهى اليه لن يثنى السلطة التشريعية عن مخالفة الدستور مرة أخرى ، أما اذا قال بالانحراف التشريعى فهو ما يمثل اشارة موجهة للسلطة التشريعية حتى ترتدع عن التحايل على أحكام الدستور وعن التدخل غير المباشر فى أعمال السلطة القضائية أى أن الأثر المعنوى للقول بالانحراف ولو أنه عيب احتياطى يفضل الوقوف فقط عند المخالفة الدستورية الصريحة أى أننا وان كنا نؤيد فكرة احتياطية عيب الانحراف الا أنه فى بعض الأحيان نجد أنه من الضرورى الاشارة الى وجود هذا العيب على الأقل بالإضافة الى العيوب الأخرى التى تعتور القانون ، وذلك وضعا للأمور فى نصابها الصحيح وتذكيرا للمشرع بأن المحكمة غير بعيدة عن أهدافه الحقيقية وقد أشرنا سابقا الى تنويه المحكمة الادارية العليا بتدخل سلطة قضائية أخرى فى شئونها ومن ثم يصبح تنويه أى من السلطات القضائية الى محاولة التدخل فيما يعرض عليها من أقضية أمرا واجبا وحتما ومن هنا يمكن القول أن القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، وان شابه نفس عيوب القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ، إلا أنه معيب فى مواد إصداره أيضا بالانحراف التشريعى لاستهداف مصدره اصدار ما قد يصدر من حكم من المحكمة الدستورية العليا - وهو ما حدث فعلا من قضاء بعدم دستورية القانون ١٢٥ لسنة١٩٨١ .

---

(١) انظر مضبطة الجلسة الثامنة والأربعين ٢٦ مارس ١٩٨٣ - ص ٤١ .

المادة ١٣١ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ :

نصت المادة ١٣١ على تشكيل مجلس النقابة العامة من نقيب المحامين وعضو واحد عن كل دائرة بمحكمة استئناف ممن يزاولون المهنة فى مكاتب خاصة المقيدين لدى محاكم الاستئناف دون غيرها ... كما لايجوز الترشيح لتمثيل اكثر من صفة من الصفات المذكورة بهذه المادة .

تبدو هذه المادة بما فيها من عمومية تجريد أنها تدخل تماما فى سلطان المشرع ، فهو ينظم مهنة المحاماة وينظم كيفية تشكيل مجلس النقابة ولكن المتأمل لهذه المادة يحق له أن يتساءل عن أسباب قصر التمثيل عن كل دائرة محكمة استئناف لمن هو مقيد لدى الاستئناف فقط فالأصل أن يكون هذا القيد حدا ادنى لا حدا أعلى ولقد كان المشروع فى صورته الأولى المقدم من الأعضاء لم يذكر عبارة دون غيرها وأضافتها لجنة الشئون التشريعية .

وفى تبرير ذلك ذهب مقرر اللجنة الى أن ذلك يضمن تمثيل المحامين تمثيا صحيحا لأن محامى الاستئناف هم اكثر فئات المحامين ، وهذا القول مردود عليه بأنه اذا أخذنا بقاعدة التمثيل النسبى فان المحامين المقيدين بالجدول الابتدائى يجب أن يكون لهم نصيب كبير أيضا ، كما أن هذا القيد قد يكون له أساسه فى تشكيل النقابات الفرعية أما النقابة العامة التى تشكل على مستوى الجمهورية فانه لا يتصور أن يوضع حد أعلى لدرجة القيد بليجب وضع حد أدنى فقط والأصل أن مجلس النقابة يمثل الارادة العامة للمحامين جميعا ومن هنا يمكننا أن نستظهر القصد الحقيقى من مثل هذا النص اذا علمنا أن مجلس نقابة المحامين هو المقصود بهذا السبيل

المتتابع من القوانين نزولا على ارادة رئيس الجمهورية وعقابا له على وقوفه موقف التحدى ازاء هذه السلطة ومجلس النقابة المقصود هذا كان مشكلا كله من المحامين المقيدين أمام محكمة النقض فعمل المشرع جاهدا مستترا فى سلطته التقديرية لعدم اجتماع هؤلاء الأعضاء مرة ثانية ، أى أنه قصد أشخاصا محددين ومعينين بهذا النص وهو ما لايمكن أن يظهر لدى فحص دستورية مثل هذا النص مجردا عن أهدافه وغاياته وفى مثل هذا النص لم نقم بوزن أهداف المشرع وتقدير ملائمتها فى مدى اكتفاءه بجعل القيد بالاستئناف حدا أعلى ولم نقل ان هذا الشرط غير ملائم ولكن بعد استظهار قصد المشرع من هذا الشرط توصلنا إلى عدم مشروعيته فنحن هنا لم نبحث فى ملائمة هذا الشرط بل فى مشروعيته اطلاقا بعد ظهور قصد المشرع وكان هذا الشرط أحد القرائن التى تعزز وجود الانحراف وهو الذى دعانا للتساؤل عن حقيقة مقصد مصدر القانون والمشرع لا يجب أن يستند الى سلطته فى التشريع لتنفيذ أغراض خاصة به فليس من أجل هذه الأغراض الخاصة منح هذه السلطة الكبيرة بل يجب أن يكون رائدة دائما الصالح العام وتأكيدا لهذا الفهم منا بوجود انحراف تشريعى فى هذه المادة أنه صدر القانون ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ وأصبحت المادة ١٣١ بعد تعديلها تنص على أن يشكل مجلس النقابة من النقيب وأربعة وعشرون عضوا ممن لهم حق الحضور بالجمعية العمومية ويجب أن يراعى ما يلى :

١- أن يكون نصف عدد الأعضاء على الأقل من المحامين المقبولين أمام محكمة النقض أو محاكم الاستئناف .

٢- أن يمثل المحامون فى كل دائرة استئناف عدا محكمة استئناف

القاهرة عضو على الأقل وعضويين على الأكثر وهو ما يعنى رفع شرط أن يكون المحامي مقيداً أمام محكمة الاستئناف فقط وهو الشرط الوارد بنفس المادة قبل تعديلها وهو ما يبرز القصد غير المشروع الذى كشفناه سابقا وهذه المادة تبرز مدى أهمية الكشف عن الانحراف التشريعى لأن المادة قبل تعديلها لم يكن ممكنا الطعن فيها بأى وجه من الوجوه ومما يظهر دقة عيب الانحراف أن هذا الشرط - شرط القيد أمام محكمة الاستئناف لانتخاب العضو لمجلس النقابة - كان من الممكن أن يكون عملا تنظيميا من المشرع لا شائبه عليه فى غير الظروف التى سردناها والتى مرت بالنقابة فى صراعها مع البرلمان وهو ما يبرز الصلة الوثيقة التى لا تنفصل بين فكرة الانحراف عموما والقصد والغرض والغاية سواء بالنسبة للفرد أو للسلطة الادارية أو التشريعية وأنه بغير البحث عن هذا القصد فليس هناك بحث عن الانحراف وأنه لا يمكن أن يكون الانحراف عيب موضوعى ولكنه عيب شخصى تدلل عليه قرائن موضوعية ومما هوجدير بالذكر أن محكمة القضاء الادارى قدأكدت أن نصوص اصدار القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ تتضمن نفس عيوب القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ، لذلك قضت بوقف تنفيذ القرار الصادر من اللجنة الثلاثية المنصوص عليها فى المادة الثانية من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، بتشكيل مجلس مؤقت للمحامين وبوقف الدعوى واحالتها بحالتها للفصل فى مدى دستورية بعض مواد الاصدار وقد أيدتها المحكمة الادارية العليا فرفضت الطعن فى هذا الحكم من قبل الحكومة[١].

وينطبق القول بوجود انحراف تشريعى ايضا على المادة ١٣٦ من

---

(١) الدعوى رقم ٣٩٤٩ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٨٣/٧/٥ وقد قضت المحكمة الادارية العليا الطعن على هذا الحكم فى حكمها بجلسة ١٩٨٣/٩/٥ - الطعن رقم ٢٧٢٤ لسنة ٢٩ .

القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ حيث نصت على أن يكون مدة مجلس النقابة أربع سنوات من تاريخ إعلان نتيجة الانتخاب وتجري الانتخابات لتجديد المجلس خلال الستين يوما السابقة على انتهاء مدته ولا يجوز تجديد انتخاب النقيب وأعضاء المجلس لأكثر من دورتين متصلتين .

فهذه المادة اذا طبقت بأثر فوري كان مقتضاها الا يعاد انتخاب أعضاء مجلس النقابة القديم فى أغلبهم لأن أكثريتهم قد استمرت عضويتهم بمجلس النقابة أكثر من مدتين ، فكان الهدف من هذه المادة عدم جواز إعادة انتخابهم ولقد كشف التعديل الذى تم بمقتضى القانون ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ عن هذا القصد حيث عدلت هذه المادة لتطبق بأثر فورى ويجيز التعديل للأعضاء الذين أمضوا أكثر من دورتين والنقيب إعادة الترشيح مرة أخرى[(١)] وإذا عرفنا أن هذا التعديل تم فى جو المصالحة بين الدولة ومجلس النقابة تبين لنا بوضوح مدى الانحراف الذى أصاب غاية مصدر القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، فى قصده الخاص والمحدد لاقصاء اعضاء مجلس النقابة الذين تم التصادم بينهم وبين الحكومة عن عضوية مجلس النقابة .

---

(١) نصت المادة ١٣٦ بعد تعديلها على أن تكون مدة مجلس النقابة أربع سنوات من تاريخ اعلان نتيجة الانتخاب وتجرى الانتخابات خلال الستين يوما السابقة على مدته ولا يجوز تجديد انتخاب النقيب لأكثر من دورتين متصلتين فى ظل هذا القانون . جريدة رسمية - العدد ٤٢ فى ١٩٨٤/١٠/١٨ .

المبحث الرابع

المشروع الأول للقرار بقانون ١٤١ لسنة ١٩٨١

كانت نتيجة التحول الاجتماعي والاقتصادى الذى شهدته مصر فى بداية الستينات داعيا الى اصدار عديد من القرارات الجمهورية بفرض الحراسة على بعض المواطنين تطبيقا للصلاحيات المخولة لرئيس الجمهورية وفقا لقانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وقبل الثورة كانت الحراسة كإجراء ادارى تفرض على أموال الرعايا الأجانب وقت الحرب ولم تكن تمتد لأشخاص المصريين وأموالهم إلا استثناء[١] ومن القوانين التى نظمت الحراسة القرار بقانون ١٥٠ لسنة ١٩٦٤ ، الذى طعن بعدم دستوريته وقضت المحكمة الدستورية فعلا بعدم دستورية المادة الثانية منه[٢] فيما نصت عليه من أيلولة أموال وممتلكات الأشخاص الطبيعيين الذين فرضت عليهم الحراسة طبقا لأحكام قانون الطوارئ الى ملكية الدولة ولعدم دستورية المادة الرابعة من القانون ٦٩ لسنة ١٩٧٤ بتسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة فيما نصت عليه من تعيين حد أقصى لما يرد الى الأشخاص الذين شملتهم الحراسة وأسرهم ولقد طعن أحد الخاضعين للحراسة بمقتضى الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ الصادر استنادا الى القرار بقانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ فى مشروعية هذا الأمر طالبا الغاؤه وقد أجابته محكمة القضاء الادارى الى طلبه[٣]. وأيدت المحكمة الادارية العليا ذلك

---

(١) انظر فى تطورات الحراسة قبل وبعد الثورة والقوانين المنظمة لها وما يعتورها من عيوب جوهرية، د/ وحيد رأفت - القوانين المنظمة للحريات - ص ١٠٢ .

(٢) جلسة ١٩ مايو سنة ١٩٨١ - القضية رقم ٥ لسنة ١ ق . دستورية .

(٣) محكمة القضاء الادارى - الدعوى رقم ٢٥٧١ لسنة ٢٩ ق ، جلسة ٧ مايو سنة ١٩٧٤ .

استنادا الى ان قوانين الأحكام العرفية أو الطوارئ لم يرد بها ما يخول رئيس الجمهورية فرض الحراسة على الأشخاص وان فرض هذه الحراسة تتم بناء على قوانين صريحة مثل المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٥٢ والقرار بقانون ١٥٦ لسنة ٥٧ ، وان رئيس الجمهورية باصداره الأمر رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦١ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص الواردة أسماؤهم بالكشف المرفق به ومنهم المدعون اذ استند الى قانون الطوارئ واذا كان القانون الأخير لم تجز نصوصه فرض الحراسة إلا على الشركات والمؤسسات ولم يكن به ما يسمح بفرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين، مما يجعل هذا الأمر صدر مخالفا لقانون الطوارئ متنكبا غاياته منطويا على مخالفة صارخة بالغة الجسامة لما فيه من اعتداء على الحرية الشخصية وحرية الملك الخاص تنحدر بالقرار الى مرتبة الفعل المادى معدوم الأثر قانونا مما يجعله والعدم سواء ولهذا وجب الغاؤه[1]، ونظرا لخطورة هذا القضاء من قبل المحكمة الادارية العليا ولأن فى القول بانعدام هذه القرارات الصادرة بفرض الحراسة ما يفتح لجميع الخاضعين لها باب الطعن فى هذه القرارات متى شاؤا ، ونظرا للآثار الخطيرة المترتبة على الغاء قرارات الحراسة هذه بعد مضى ما يقرب من خمسة عشر عاما عليها تقدمت الحكومة بمشروع قانون لتسوية بعض الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة وجاء بالمذكرة الايضاحية المرفقة به أنه نتيجة لحكم المحكمة الادارية العليا سالف البيان ان صدر ثلاثة وخمسون حكما من محكمة القضاء الادارى فيما بين الفترة من ١٠ - ٢٤ يونيو ١٩٨٠ قضى فيها بالغاء قرارات فرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص ولما

(١) الحكم الصادر من المحكمة الادارية العليا - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ - الطعن رقم ٨٣٠ لسنة ٢٠ ق.

كان سيترتب على اعتبار القرارات الصادرة بفرض الحراسة معدومة ، آثارا خطيرة فهناك عقارات بيعت الى شركات التأمين التى اعادت بيعها إلى أفراد وعقارات أدخلت عليها تعديلات بتعليتها أو باقامة مبانى على ما كان منها أرض فضاء وبعض العقارات ، خصصت لأغراض قومية ، فضلا عما أصاب الأرض الزراعية من توزيع أيضا وعليه ونظرا لما ورد فى رد مثل هذه العقارات أن يؤدى إلى اضرار باقتصاديات شركات التأمين والأفراد حسنى النية ، ولما كانت المصلحة العامة تقضى تدخل المشرع للعمل على استقرار المراكز القانونية وعدم زعزعة المعاملات والحفاظ على حقوق حسنى النية وتجنب ما يثور بشأن هذه المعاملات من منازعات قضائية ولما كانت المحكمة الادارية العليا أقامت قضاءها السابق على أن قرارات فرض الحراسة خالفت القانون ، الذى لم يجز فرض مثل هذه الحراسة على الأشخاص واذا نص القانون ٦٩ لسنة ١٩٧٤ على أن تسوى طبقا لأحكام القانون المرافق الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسات على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين استنادا إلى القانون ١٦٢ لسنة ٥٨ ، وعليه فان المشروع بقرار بقانون المعروض أمام قسم التشريع بمجلس الدول نص فى المادة الأولى منه على أن يقصد بالأشخاص الطبيعيين المنصوص عليهم فى المادة ١ من القانون ٦٩ لسنة ٧٤ المشار اليه الأشخاص الطبيعيون الذين فرضت عليهم الحراسة بمقتضى أوامر رئيس الجمهورية رقم ١٣٨ لسنة ٦٠ ورقم ١٤٠ لسنة ٦١ ورقم ١٨٧ لسنة ٦٢ ، وغيرها من الأوامر الصادرة بفرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين استنادا الى أحكام القانون ١٦٢ لسنة ٥٨ وتعتبر صحيحة أوامر فرض الحراسة المشار اليها فى الفقرة السابعة وذلك اعتبارا من صدور هذه الأوامر حتى تاريخ

رفع الحراسة ونصت المادة الخامسة من المشروع على أنه لا تقبل أى منازعة متعلقة بالحراسات التى فرضت قبل العمل بالقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب سواء فيما يتعلق بشرعية اجراءات فرض الحراسة أو الآثار المترتبة عليها أو التصرفات التى تمت أثناء الحراسة ، إلا إذا أقيمت الدعوى خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية .

وعندما أحيل المشروع لقسم التشريع لصياغته قدم السيد المستشار مقرر المشروع[1] ، تقريرا ذهب فيه الى عديد من الملاحظات على المشروع منها :

١- أن النص المقترح خالف التحذير الصريح للمشرع بعدم النص على تحصين أى عمل أو قرار من رقابة القضاء ذلك أن النص على اعتبار هذه الإجراءات صحيحة سوف يجعل المحاكم مضطرة مالم يدفع أمامها بعدم دستورية النص الى القضاء برفض كافة الدعاوى المرفوعة فى هذه القرارات.

٢- أن النص يعد اعتداء صارخا على مبدأ الفصل بين السلطات ، وتدخلا سافرا من السلطة التشريعية فى أعمال السلطة القضائية ويجعل من السلطة التشريعية القاضى الأعلى الذى تلجأ اليه السلطة التنفيذية كلما تعارضت هذه الأحكام مع مصالحها لتستصدر قانونا تمنع به المحاكم من تمحيص أوجه الحق فى الدعوى وتجبرها على اتباع تفسير يخالف

(١) المستشار/ عادل فرغلى - تقرير مقدم الى قسم التشريع - ملف رقم ٢١٨ لسنة ٨٠ - جلسة ١٩٨٠/١١/١٣ غير منشور .

التفسير المنطقى الذى سبق أن انتهجته من قبل وليس أبلغ فى الاساءة الى القضاء ولا أفدح فى النيل من كبريائه من أن يجبر القاضى عن أن يحيد عن سبيل يعلم أنه سبيل الحق أو تبلغ عدم الثقة فيه حدا يعلم فيه الناس أنه أعجز عن القضاء به .

٣- أن النص على تصحيح قرارات بعينها هى القرارات الخاصة بفرض الحراسة وما صحبها من كشوف تبين عدد وأسماء الخاضعين لها بعدما تكشف من تطبيقها والغاءها من آثار محددة انما تخالف مبدأ عاما من المبادئ الدستورية العامة التى لا تحتاج الى نص وهى قاعدة العمومية والتجريد .

٤- أن النص على أن تسرى أحكام هذا القانون على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم مالم يكن قد صدرت فيها أحكام بأن هذا النص يعتبر تفسيرا تشريعيا تلتزم به المحاكم فى كافة درجاتها وهو ما تأباه طبيعة ما استهدفه المشرع من استقرار فى الأوضاع يقتضى عدم المساس بالأحكام التى تم تنفيذها بالفعل واشار التقرير الى أن الديمقراطية لا تقيم بذاتها ضمانا ضد الاستبداد فقد يحل استبداد الأغلبية الحزبية فى البرلمان محل استبداد الملوك والقياصرة بحيث يغدو التشريع حقيقة وعملا فى يد السلطة التنفيذية كأداة طيعة تستخدمها ولكن على صورة قانون يصدر من البرلمان.

وانتهى التقرير الى رفض المشروع وقد قرر قسم التشريع بالاجماع رفض هذا المشروع استنادا الى مخالفته الصارخة لنصوص المواد ٣٤ ، ٦٨ ، ١٦٦ من الدستور ، وذهب رئيس مجلس الدولة ورئيس القسم الى أن

الأثر الرجعى فى القانون يشكل انحرافا خطيرا بالتشريع وأن عبارة - تعتبر صحيحا - الواردة فى المشروع ان هى الا بدعة وأن الفاسد لا يمكن أن يصح بأداة تشريعية .

رأينا فى هذا المشروع :

قبل أن نبرز رأينا يجدر بنا أن نشير الى أن التقرير المعروض على قسم التشريع قد اتبع المنهج الصحيح فى كشف الانحراف التشريعى ، حيث أنه استخلص من مجمل المشروع الغاية غير المشروعة المتمثلة فى محاولة المشرع التدخل فى عمل القضاء ، فالتقرير بعد أن استعرض نصوص المشروع وأظهر أوجه عدم دستوريتها . حكم على المشروع ككل بأن أهدافه تخالف تلك الأهداف التى من أجلها منح للمشرع سلطة التشريع وهو الصالح العام ، كما أشار التقرير الى ما أوضحناه سابقا من أن تحكم الأغلبية الحزبية فى البرلمان يؤدى إلى أن يكون القانون أداة تستخدمها السلطة التنفيذية فى واقع الأمر واذا تطرقنا الى نصوص هذا المشروع وجدنا أن المادة الأولى فيه نصت عليه من أن تعتبر صحيحة أوامر فرض الحراسة المشار اليها فى الفقرة السابقة وذلك اعتبارا من صدور هذه الأوامر حتى تاريخ رفع الحراسة وهذه الفقرة تخالف نص المادة ٦٨ من الدستور ، التى تنص على أن التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء ، ذلك أن تحصين أوامر فرض الحراسة - وهى قرارات ادارية من رقابة القضاء وذلك بافتراض صحتها - يخالف الدستور ، واذا تأملنا نص المادة الخامسة التى تنص على أنه لا تقبل أية منازعة متعلقة بالحراسات التى فرضت قبل العمل بالقانون ٣٤

لسنة ١٩٧١ فيما يتعلق بشرعية إجراءات فرض الحراسة أو الآثار المترتبة عليها أو التصرفات التى تمت أثناء الحراسة إلا إذا أقيمت الدعوى خلال سنة من تاريخ نشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، فالمتأمل لهذه المادة تبدو له لأول وهلة أنها تدخل تماما فى تقدير واختصاص المشرع حتى لا يترك الآثار الناجمة من الغاء الحراسة دون ضابط زمنى مما يزعزع المراكز القانونية فرأى تقييد رفع الدعوى بمدة سنة حتى يتسنى قبولها ومن هنا يبدو أنها لا تخالف الدستور فى شئ ولكننا اذا أخذنا فى الاعتبار ما قضت به المحكمة العليا من انعدام هذه الأوامر وما نصت عليه المادة الأولى من المشروع من تحديد الأشخاص الطبيعيين لاضفاء صفة المشروعية على أوامر فرض الحراسة تبين لنا أن الغرض الحقيقى منها هو أبطال أثر القضاء من قبل مجلس الدولة بانعدام قرارات ، فرض الحراسة ذلك أن تحديد هذه المهلة من شأنه أن يجعل هذه القرارات بعد هذه المدة صحيحة فى حين أنها تعتبر منعدمة وفقا لقضاء مجلس الدولة ، ولما كان بحث الدفع بعدم القبول سابقا على بحث الموضوع من هنا حاولت هذه المادة أهدار أثر وصف مجلس الدولة لهذه القرارات بالانعدام وهو تدخل من المشرع فى الأقضية التى تعرض على المحاكم بالانحراف التشريعى الذى أصاب هذه المادة ، يستند أساسا الى الربط بين هذه المادة والمادة الأولى الذى أضفت صفة المشروعية على هذه القرارات .

ومن هنا نستطيع أن نفهم لماذا أشار تقرير قسم التشريع الى الانحراف التشريعى لأن مجمل المشروع استهدف ابطال أثر أحكام المحكمة الادارية العليا بانعدام قرارات فرض الحراسة وبرز لنا نص المادة الخامسة سالف البيان الفارق بين المخالفة المباشرة للقاعدة الدستورية كما فى نص

المادة الأولى من المشروع حيث لن تحتاج الى استظهار نية المشرع لأنها وضعت في الفاظ النص وعباراته المخالفة للنصوص الدستورية مخالفة مباشرة أما في خصوص المادة الخامسة فقد احتجنا الى استظهار هذه النية لأن معرفتها أدى إلى اختلاف تفسير نص المادة وجعلها بالتالي غير دستورية ولإبراز الفارق بين تدخل المشرع لتنظيم الآثار المترتبة على أحكام المحاكم خشية أن يؤدى عدم تدخله الى اهتزاز المعاملات والمراكز القانونية فيتدخل المشرع منظما للأوضاع القانونية بما لا يتضمن اهدار منه لأحكام المحاكم أو تدخلا منه في القضايا المنظورة أمام المحاكم وهو الأمر الذى يملكه تماما ، أما محاولته اهدار آثار الأحكام القضائية ومحاولة التدخل بالتشريع للتأثير على سير العدالة وهو الأمر غير الدستورى ولابراز الفارق بين الأمرين نورد نص المشروع بقانون سالف البيان بعد أن تعدل وصدر به فعلا القرار بقانون ١٤١ لسنة ١٩٨١ فقد ورد بهذا القرار بقانون فى مادته الأولى أن تعتبر كأن لم تكن الأوامر الصادرة بفرض الحراسات على الأشخاص الطبيعيين وعلاتلاتهم وورثتهم استنادا الى أحكام القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وتتم إزالة الآثار المترتبة على ذلك على الوجه المبين بهذا القانون فهذا القرار بقانون قد احترم قضاء المحكمة الادارية العليا بانعدام أوامر فرض الحراسة على الأشخاص الطبيعيين وهو عكس نص المادة الأولى من المشروع الذى رفضه قسم التشريع كما نصت المادة العاشرة من هذا القرار بقانون على اختصاص محكمة القضاء الادارى دون غيرها بنظر المنازعات الأخرى المتعلقة بالحراسات ... ولا تقبل الدعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة من الحراسات التى فرضت قبل العمل بقانون ٣٤ لسنة

١٩٧١ المشار إليه أو المترتبة عليها مالم ترفع الدعوى فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون أى أنه لم يحدد قيدا زمنيا الا للمطالبة بالحقوق الناشئة عن فرض الحراسة اتساقا مع اعترافه بانعدام هذه الأوامر فهنا لايمكن القول بأن المشرع استهدف تدخلا فى عمل القضاء لأنه نزل على أحكامه فعلا باعدامه أوامر فرض الحراسة التى ذهب القضاء الى انعدامها ولكنه ابتغى بالقيد الزمنى حصر المنازعات المتعلقة بالحقوق الناشئة عن فرض هذه الحراسة حتى يتسنى تسوية الأوضاع القانونية لمختلف الأطراف ومن هذا العرض يبين أثر القصد أو الغاية على صحة التشريع فمعرفة قصد المشرع واستظهاره من مختلف نصوص المشروع بقانون الذى رفضه قسم التشريع أدى الى فهم نص المادة الخامسة منه على أنها تدخل من المشرع فى عمل القضاء ومحاولة اهدار آثار أحكامه ، أما فى القرار بقانون فان نفس النص الوارد بالمادة العاشرة أمكن تفسيره فى ضوء الغرض والغاية الحقيقية للمشرع بأنه يهدف الى تحديد المراكز القانونية وعدم تركها للتقلقل والزعزعة وهنا يبرز كيف أن عبارات والفاظ واحدة يمكن أن تحتمل مفهومين متناقضين وما ذلك إلا لاختلاف قصد وغرض مصدر القانون ومما هو جدير بالاشارة أنه طعن فى هذا القرار بقانون بمخالفته الدستور حيث أنه جعل من المستحيل على الخاضعين للحراسة استرداد عقاراتهم وأراضيهم عينا مما يعنى نزع الملكية الخاصة لغير المنفعة العامة ، ولتحقيق مصالح خاصة بالمشترين مما يخالف نص المادة ٣٤ من الدستور ، وقد انتهى تقرير مفوض الدولة لدى المحكمة الدستورية العليا الى عدم دستورية المادة الثانية منه فيما تضمنته من عدم استعادة العقارات

والأراضى التى بيعت ، ولو بعقود ابتدائية لمن فرض عليهم الحراسة ، كما أنتهت المحكمة الدستورية العليا الى عدم دستورية هذه المادة[١].

(١) انظر تقرير المفوض فى الدعوى رقم ١٣٩ لسنة ٥ دستورية عليا ، مارس ١٩٨٤ - ص ٢١٥، وانظر أوجه الطعون الأخرى على هذا القرار بقانون فى هذا التقرير - ص ١٨٠ ، ص ٢٤٨ ، وانظر حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦ - الدعوى ١٤٢ لسنة ٥ق .

المبحث الخامس

القانون ٧٧ لسنة ١٩٧٠

والقانون ١٦٣ لسنة ١٩٨١

وينص القانون ٧٧ لسنة ١٩٧٠ فى مادته الأولى على أن تتنزل الدولة لأسرة الرئيس الراحل جمال عبدالناصر عن ملكية الدار التى كان يقيم بها بكل من القاهرة والاسكندرية وملحقاتهما طوال حياة أسرته مع تخصيصها بعد ذلك كمتحف لتخليد ذكراه مع اعفائها من جميع الرسوم والضرائب ، وتنص المادة ٢ من ذات القانون على أن يقرر لورثة الرئيس الراحل جمال عبدالناصر معاش مساوى لما كان يتقاضاه من مرتب ومخصصات وذلك طوال حياتهم ونص القانون ١٦٣ لسنة ١٩٨١ على ذات البنود تقريبا بالنسبة لأسرة الراحل محمد أنور السادات[1]. وذهب أحد الفقهاء الى أنه وان كان من حق المجلس النيابى أن يكرم الرؤساء والزعماء إلا أنه لا يجوز أن يتم التكريم على هذا النحو الذى يحمل الشعب دافع الضرائب التزامات مالية بالغة الأرهاق وفى موضعها الصحيح، فما هو المبرر لتنازل الدولة عن ملكية دار وملحقاتها بالقاهرة وأخرى وملحقاتها بالاسكندرية لأسرة الرئيس الراحل وهل هو تكريم للرئيس أم لورثته وهل يجوز الخروج الصارخ على القوانين المنظمة للمعاشات ، ليس فحسب بالنسبة لتحديد قيمة ذلك المعاش وانما أيضا باستمرار صرفه الى الورثة وذلك طوال حياتهم وانا لا نعلم بصدور أى

---

(١) جريدة رسمية - عدد ٤٢ مكرر - الصادر فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٨١ .

قانون في أية دولة مهما كانت درجة تقديرها وحبها لرؤسائها يفرط في ملكية الدولة ويخرج خروجا صارخا على قانونها وقواعدها مثل هذا الخروج[(١)].

وإذا ابتعدنا عن قواعد الملائمة التى حملت الفقيه الكبير الى انتقاد القانون ٧٧ لسنة ١٩٧٠ وبالطبع تحمل هذه الانتقادات الى القانون ١٦٣ لسنة ١٩٨١ واذا تطرقنا الى مدى دستورية هذين القانونين وجدنا انهما لايتضمنان قواعد عامة مجردة وهذا مخالف للدستور مخالفة موضوعية واضحة لا تنطوى على انحراف بالتشريع ذلك أن الدستور حدد على وجه الحصر الحالات التى تصدر عن البرلمان فى صورة قانون ولا تتضمن قواعد عامة موضوعية كما يخالف هذين القانونين نص المادة ١١٩ على أن لا يعفى أحد من أداء الضرائب إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ، كما تنص المادة ١٢٢ من الدستور على أن يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والمكافآت التى تتقرر على خزانة الدولة وينظم القانون حالات الاستثناء منها وبمقتضى هذين النصين أنه يجب أن تكون هناك قواعد عامة مجردة تحدد حالات صرف المكافآت والمعاشات والاستثناء منها لا أن يتم الاستثناء فى صورة قرار ادارى صادر من البرلمان فى شكل قانون وانا لا نفهم الحكمة وراء النص على أشخاص بذواتهم للتمتع بهذه المزايا فى حين أنه من الممكن أن يصدر البرلمان قواعد عامة مجردة تحدد حدود وامكانيات

---

(١) د/ سعد عصفور : النظام الدستورى المصرى - دستور ١٩٧١ - ص ٨٥ ، وانظر عدد جريدة الوفد فى ١٩٨٥/٤/٤ ، حول مدى تحمل ميزانية الدولة لمبالغ نتيجة هذين القانونين ورفض لجنة الاقتراحات بمجلس الشعب اقتراحا بالحد من اتساع نطاق هذين القانونين .

التكريم بالنسبة لرؤساء الجمهوريات جميعهم من تولى منهم الرئاسة أو من سيتولاها فى المستقبل تحقيقا لقاعدة المساواة بين شاغلى هذه الوظيفة ومن هنا نتفق مع الدكتور السنهورى فى عدم اختصاص البرلمان باصدار هذين القانونين على النحو الذى صدرا به متجردين من صفتى العمومية والتجريد فهما من ثم قرارين اداريين صدرا فى شكل قانون على خلاف الحالات التى حددها الدستور ليصدر البرلمان قرارات ادارية فى صورة قوانين .

المبحث السادس

القانون ٥٠ لسنة ١٩٨٢

والقانون ٩٩ لسنة ١٩٨٣

تشترك النصوص غير الدستورية الواردة فى كلا القوانين ، أنهما نتاج لرأى واتجاه المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا حول مدى اختصاص مجلس الدولة وفقا لنص المادة ١٧٢ من الدستور ، ذلك أن التفسير الذى اعتنقته كلا المحكمين ، قد أدى فى الواقع إلى اهدار محتوى هذه المادة ، وكان من نتائج هذا الاهدار أن أصبح مجلس الدولة قاضى القانون العام نظريا أما عمليا فقد أصبح يختص ببعض المنازعات التى سمح المشرع والمحكمة الدستورية العليا باختصاصه بها أى أن النص الدستورى الوارد فى المادة ١٧٢ من دستور ٧١ والذى يقضى بأن مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص فى المنازعات الادارية وفى الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى هذا النص أصبح بعد تفسير المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا له وكأنه لم يكن اطلاقا .

فقد صدر القانون ٥٠ لسنة ١٩٨٢ ناصا فى مادته الثالثة على أن تختص محكمة أمن الدولة العليا طوارئ دون غيرها بنظر كافة الطعون والتظلمات من الأوامر والقرارات المشار اليها بالمادة ٣ مكرر من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وتحال إلى هذه المحكمة بحالتها جميع الدعاوى والطعون والتظلمات المشار اليها والمنظورة أمام أية جهة قضائية أو غير قضائية وتنص المادة ٣ مكرر من القانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة

الطوارئ على أن يبلغ فورا كل من يقبض عليه أو يعتقل وفقا للمادة السابعة بأسباب القبض عليه أو اعتقاله وتنص المادة ٣ من ذات القانون على أن لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ بأمر كتابى أو شفوى التدابير الآتية :

١- وضع قيود على حرية الأشخاص فى الاجتماع والانتقال والاقامة والمرور فى أماكن أو أوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن والنظام العام واعتقالهم .

أى أنه أصبحت الطعون فى القرارات والأوامر الصادرة وفقا لحالة الطوارئ بالاعتقال أو القبض وهى أوامر ادارية اصلا وليست صادرة من جهة قضائية فهى صادرة من الجهة الادارية القائمة على حالة الطوارئ وكان مجلس الدولة قد استقر منذ انشاءه بإختصاصه بالطعون فى هذه القرارات الادارية وقد أقام أحد المعتقلين طبقا لقانون الطوارئ الدعوى رقم ١٣٦٢ لسنة ٣٦ أمام محكمة القضاء الادارى طالبا وقف تنفيذ القرار الصادر باعتقاله وقد أصدرت المحكمة فى ١٩٨٢/١١/٩ حكمها بوقف الدعوى واحالة أوراقها للمحكمة الدستورية العليا .

وقد كانت المحكمة العليا ومن بعدها الدستورية العليا قد ذهبتا فى تفسيرهما للمادة ١٧٢ من الدستور أيضا - أى المادة - قررت الولاية العامة لمجلس الدولة فى المنازعات الادارية والتأديبية وأن المناقشات التى ثارت بين أعضاء لجنة نظام الحكم قد استقرت على ضرورة النص فى الدستور على مجلس الدولة واختصاصاته كهيئة قضائية تختص برقابة شرعية أعمال الادارة وبهذا النص الدستورى أصبح المجلس محصنا ضد أى

عدوان على كيانه واختصاصه ، كما أن تحديد مدى اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية كان الهدف من المناقشات هو انتقال مجلس الدولة من مرحلة الاختصاصات المقيدة على سبيل الحصر الى مجال الاختصاص العام باعتباره صاحب الولاية العامة على المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية فهو قاضى القانون العام بالنسبة لهذه الدعاوى والمنازعات[١].

وقد كان مقتضى هذا التفسير والتأصيل لحقيقة أن مقصود نص المادة ١٧٢ أن يصبح اختصاص مجلس الدولة بما نص عليه الدستور هو اختصاص مانع بالنسبة للمنازعات الادارية والدعاوى التأديبية واختصاص يترخص فيه المشرع بالنسبة لما عدا ذلك ، إلا أن المحكمة لم تعط لمقتضى المناقشات الدستورية التى وافقت عليها مدلولها الصحيح فاستطردت إلى أن هذا لا يعنى غل يد المشرع عن اسناد الفصل فى بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية أخرى واستشعارا من المحكمة بتناقض هذا القول مع ما أطالت فى شرحه من أن المجلس هو قاضى القانون العام انتهت المحكمة الى أن هذا الاسناد يجب أن يكون على سبيل الاستثناء من الأصل العام المقرر بالمادة ١٧٢ من الدستور وبالقدر وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام وعلى هذا النحو يعمل المشرع التفويض المخول له بالمادة ١٦٧ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها مع مراعاة الأصل العام

(١) حكم المحكمة العليا فى ١٩٧٤/٦/٢٩ فى الدعوى ٥ لسنة ٣ ق عليا دستورية وكذلك فى الدعوى ٤ لسنة ٤ ق دستورية عليا - جلسة ١٩٧٦/٢/٧ - جـ ١ من مجموعة أحكام المحكمة العليا - قاعدة ٣٠٥ - ص ٧٨ .

المقرر بالمادة ١٧٢ من الدستور ، وعلى هذه الحجج استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا[١] .

ولقد كان مقتضى التفسير الصحيح لنص المادة ١٧٢ أن يقوم القاضى الدستورى بالتحقيق عما إذا كان محل القانون المطروح عليه يدخل فى المنازعات الادارية أو الدعاوى التأديبية فيجب اذن أن يختص المجلس به اما اذا كان غير ذلك فهو فى منطقة الرخصة المقررة للمشرع بتحديد اختصاصات المجلس الأخرى ، وهذا المنهج الصحيح اتبعته المحكمة العليا فعلا فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٣ق[٢] ، وكان موضوع الطعن هو نص الفقرة الثانية من المادة ١٣ من القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، فيما تضمنته من تخويل المحاكم العادية اختصاص الفصل فى الطعون على قرارات لجان تحديد الأجرة ، فقد انتهت المحكمة الى أن المنازعة بين المؤجر والمستأجر بشأن تحديد الأجرة وان لابسها عنصر ادارى أضفى عليها شكل المنازعة الادارية وهو قرار تحديد الأجرة الصادر من لجنة ادارية إلا أنه ليس من شأنه أن يخلع عنها طابعها الموضوعى الأصيل وهو الطابع المدنى ذلك أن الشكل الادارى للمنازعة لا يلبث أن يزول ليخلفه وجه المنازعة الموضوعية الأصيل وذلك عند الطعن فى قرار تحديد الأجرة أمام المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها المكان المؤجر وقبول هذا الطعن ، اذ يتعين عندئذن على هذه المحكمة أن تعيد النظر فى تقدير أجرة جميع الوحدات التى شملها

---

(١) انظر حكمها الصادر فى ١٩٨٢/٥/١٦ فى الدعوى الدستورية رقم ١٠ لسنة ١ ق . والحكم الصادر فى الدعوى رقم ٥٥ لسنة ٥ ق دستورية ، جلسة ١٦ يونيو ١٩٨٤ - الجريدة الرسمية - العدد ٢ فى ٢١ يونيو ١٩٨٤ .

(٢) جلسة ٢٩ يونيو سنة ١٩٧٤ - مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - القسم الأول - ص١٨٥ .

القرار المطعون فيه وهو اختصاص مدنى بحت وعلى الرغم من خروج المحكمة من موضوع الطعن الأصلى الى موضوع آخر أقحمته عليه وذلك لتبرر اختصاص المحاكم المدنية بنظر الطعون فى قرارات اللجان ذلك أن لجنة تحديد الأجرة هى لجنة ادارية بالطبع ولا علاقة بين تحديد طبيعة قراراتها وبين طبيعة العلاقة بين المالك والمستأجر ، فالمطروح للبحث هو طبيعة قرارات لجنة تحديد الايجار وهى لجنة ادارية تحدد الأجرة وفقا لقواعد حددها القانون وأن هذا الربط الخاطئ بين طبيعة قرارات لجان تحديد الأجرة وطبيعة العلاقة بين المالك والمستأجر مثله مثل أن نربط بين القرارات التأديبية الصادرة فى شأن العاملين بالقطاع العام وبين طبيعة هؤلاء العاملين بشركاتهم التى هى علاقة تخضع لقانون العمل ، إلا أنه على الرغم من هذا الربط الخاطئ ، فان منهج المحكمة فى البحث عن مدى اختصاص مجلس الدولة كان منهجا صحيحا ، أما ما ابتدعته من امكانية خروج المشرع على الأصل العام لاختصاص مجلس الدولة بالمنازعات الادارية على أساس امكانية الاستثناء من هذا الأصل العام وبالقدر والحدود التى يقتضيها الصالح العام هذا التفسير منها هو خروج منها على قواعد التفسير الى مجال ابتداع النصوص الدستورية ، فما هى فائدة تقرير الولاية العامة للمجلس فى خصوص المنازعات الادارية ، وهو اختصاصه الذى أنشئ من أجله ، اذا كان من الممكن اخراج بعض المنازعات الادارية البحته من اختصاصه ؟ كما أن هذا التفسير يعطى المحكمة الدستورية سلطة التحكم فى قدر الاستثناء واطار الصالح العام الذى يتم فيه وما هو علاقة التفويض المخول للمشرع بالمادة ١٦٧ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية بالنص الدستورى الصريح بإختصاص مجلس الدولة

الموجود فى المادة ١٧٢ ، فمن المقرر أنه وان كان القانون يملك انشاء جهات قضائية ، كما يملك توزيع الاختصاصات القضائية فيما بينها كأصل دستورى مقرر بمقتضى المادتين ١٦٥ ، ١٦٧ من الدستور إلا أن سلطة المشرع فى هذا الصدد ليست مطلقة من كل قيد وانما تجد حدودها الطبيعية فى مواد الدستور التى نصت على اختصاص جهات قضائية معينة دون سواها بالفصل فى أنواع معينة من الدعاوى أو المنازعات ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٧٥ من الدستور التى حددت اختصاص المحكمة الدستورية والمادة ١٧٢ التى خصت مجلس الدولة بنظر المنازعات والدعاوى التأديبية[١].

كما أنه اذا نظرنا الى نص المادة ١٧١ من الدستور وجدنا أنه يحيل إلى القانون ليبين اختصاصات محاكم أمن الدولة فى حين أنه حدد اختصاصات مجلس الدولة التى لم يشأ أن يتركها للمشرع فمن أين أتت اذن السلطة التقديرية فى استثناء بعض المنازعات الادارية من اختصاص مجلس الدولة ؟ وأن النص الوارد فى المادة ١٩٧ على أن يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها لهو نص عام يقيده اشارات المشرع الدستورى الى اختصاصات هيئات قضائية معينة ، واذا كانت المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا قد استندا الى المغايرة فى الألفاظ بين نص المادة ١٧٢ ونص المادة ١٧٥ اذ أن الأخيرة تنص على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح فان عدم وجود لفظ دون غيرها فى نص المادة ١٧٢ ليست

---

(١) تقرير قسم التشريع - ملف رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٢ - جلسة ١٩٧٢/٧/٢ - مجموعة مبادئ قسم التشريع فى خمس سنوات - ص ٧١ .

له ثمة دلالة على امكانية انتزاع بعض اختصاصات مجلس الدولة ، ذلك أن لفظ دون غيرها الواردة فى المادة ١٧٥ هو نتاج لتعدد جهات الرقابة القضائية على دستورية القوانين قبل انشاء المحكمة العليا ومنذ أن ابتدع مجلس الدولة هذه الرقابة عام ١٩٤٨ استنادا الى أن فحص دستورية القوانين هو أمر يملكه القاضى أيا كانت درجته وفقا لما يمليه عليه طبيعة عمله فى الموازنة بين النصوص القانونية واعلاء الدستور على غيره من النصوص ، ومن هنا كانت الرقابة مشاعا بين جهات القضاء ودرجات التقاضى كلها ومن هنا جاء النص على أن تختص المحكمة الدستورية العليا دون منازع بهذه الرقابة القضائية على دستورية القوانين والأصل فى قواعد التفسير وخاصة تفسير النصوص الدستورية نظرا لاقتضائها أن تفسير النصوص دائما وفقا لمقتضاها ومفهومها لا وفقا للدلالات اللفظية الضيقة لأن هذا يؤدى إلى الخروج على قواعد التفسير الصحيحة وابتداع قواعد جديدة لم تدر بخلد واضع الدستور ، فاذا كانت المحكمة الدستورية أخذا بما انتهت اليه الأعمال التحضيرية للدستور من جعل القاضى الادارى هو قاضى القانون العام أن تعمل نص المادة ٦٨ من الدستور بأن لكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى والقاضى الطبيعى للمنازعات الادارية هو مجلس الدولة حيث أن الإجراءات الادارية وقواعد القانون الإدارى هى من ابتداعه واحلال أى قاضى آخر مكانه هو وضع لقاضى غير مختص مكان القاضى الطبيعى وأنه لا يجوز للقاضى الدستورى أن يجعل النصوص الدستورية غير ذات معنى ففتح مبدأ الاستثناء من المنازعات الادارية هى من اختصاص المجلس ، هو بمثابة اهمال لنص المادة ١٧٢ واذا كان للمشرع أن يعمل مقارنته بين النصوص الدستورية فلما لم يقارن بين نص المادة ١٧٢ والمادة ١٧١ الخاص بمحاكم أمن الدولة والمادة ١٨٣

الخاصة بالقضاء العسكرى وكلتيهما لم تحدد أية اختصاص لهذه الهيئات وفى خصوص القانون ٥٠ لسنة ١٩٨٢ ونتاجا لما ابتدعته المحكمة الدستورية من فهم غير صحيح لنص المادة ١٧٢ من الدستور ، فقد انتهجت خطة أخرى للبحث فى دستورية هذا القانون ألا وهى التثبت من أن محاكم أمن الدولة قد كفل القانون للمتظلمين اليها سائر ضمانات التقاضى[1] ، فالبحث لا يدور حول هذه النقطة وانما يدور حول مدى اختصاص مجلس الدولة ذى الولاية العامة بالمنازعات الادارية وهل هذه الطعون فى قرارات الاعتقال تعتبر منازعة ادارية أم لا ويكفى اشارة الى ما أدى اليه اتجاه المحكمة الدستورية العليا على اختصاصات المجلس وفقا للمادة ١٧٢ من أن المحكمة الدستورية العليا قد أخرجت من اختصاصات المجلس الطعون فى لجان تقدير الأجرة وهى لجان ادارية والطعون فى قرارات الاعتقال وهى قرارات ادارية والفصل فى تظلمات رجال القضاء والنيابة من قرارات الترقية أو النقل أو الندب وهى قرارات ادارية[2] ومنعت المجلس من النظر فى طعون رجال القوات المسلحة وهم موظفون عموميون والقرارات الصادرة بالنسبة لهم قرارات ادارية ، وبعد كل هذا الخروج عن الولاية العامة للمجلس تكرر المحكمة أن مجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة فى المنازعات الادارية ، فماذا بقى من هذه الولاية العامة بعد كل هذا ؟ وما هو فائدة النص الدستورى على اختصاصات مجلس الدولة اذا كان للمحكمة الدستورية أن تتحايل فى تفسيره وهو ما

(١) المحكمة الدستورية العليا - قضية ٥٥ لسنة ٥ - جلسة ١٦ يونيو سنة ١٩٨٤ ، وانظر ص٨٣ من تقرير المفوض فى ذات القضية .

(٢) الدعوى ١٠ لسنة ١ ق دستورية - مجموعة أحكام المحكمة الدستورية ص ١١٦ ، وانظر تقرير قسم التشريع بالاعتراض على هذا التنظيم للاختصاص - ملف ١١٤ لسنة ١٩٧٢ - جلسة ١٩٧٢/٥/٢٧ .

يعطى لنا فكرة كبيرة عن مدى خطورة دور القاضى فى التفسير وتطبيق النص الدستورى وهى سلطة تفوق بكثير سلطة القاضى الدستورى عند البحث فى الانحراف التشريعى فعلى حين يكون فى ممارسته للسلطة الأولى ليس فقط مفسرا بل مبتدعا ومشاركا فى الخلق على حين يظل فى الثانية محتفظا بدوره القضائى لا يخرج عنه وهو فى الحالة الأولى قد يهمل ارادة المشرع الدستورى على حين أنه فى الحالة الثانية يحاول أن يعثر على هذه الارادة .

ومشيا على نهج المحكمة الدستورية العليا صدر القانون ٩٩ لسنة ١٩٨٣[١] ناصا فى مادته الأولى على أن تختص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية دون غيرها بالنظر فى المنازعات الادارية الخاصة بالقرارات النهائية المصدق عليها من وزير الدفاع التى تصدرها مجالس الكليات والمعاهد العسكرية المعدة لتخريج الضباط العاملين بالقوات المسلحة وقد جاء بتقرير اللجنة المشتركة من هذا المشروع بقانون أن للقوانين الخاصة بالكليات والمعاهد العسكرية المعدة لتخريج الضباط العاملين بالقوات المسلحة قد جاءت خلوا من تحديد الجهة التى تنظر فى المنازعات الادارية الخاصة بالقرارات النهائية المصدق عليها من وزير الدفاع التى تصدرها هذه الكليات والمعاهد العسكرية وأن هذا المشروع جاء توحيدا للأحكام والإجراءات التى تسرى على الطعن فى القرارات الادارية الصادرة فى القوات المسلحة[٢] ، وهذا النص يتسق تماما مع قضاء المحكمة العليا بتوافر الوصف القضائى للجان القوات المسلحة حتى لو ضمت أشخاصا غير مجازين فى الحقوق وحتى لو وجد بين

(١) الجريدة الرسمية - العدد ٣١ تابع (أ) فى ١٩٨٣/٨/٤ .

(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٣١ تابع (أ) فى ١٩٨٣/٨/٤ ، تقرير اللجنة ، مضبطة مجلس الشعب - الجلسة ٨٢ فى ١٨ يوليو ١٩٨٣ - ص ١٥ .

أعضائها من أصدروا القرار المطعون فيه والتى لا يتمتع أعضاؤها بأية ضمانة ضد العزل وأن الاشارة فى تقرير اللجنة لعدم وجود جهة مختصة بنظر الطعون على هذه القرارات هو تجاهل لنص المادة ١٧٢ من الدستور وأن المشرع لم يكتف بحرمان رجال القوات المسلحة مما يوفره نظر الطعون فى القرارات الادارية الصادرة بشأنهم أمام مجلس الدولة من ضمانات بل انه سلب طلاب العسكرية حقهم فى المثول أمام قاضيهم الطبيعى وهو مجلس الدولة مفرقا بينهم وبين سائر الطلاب ولا شك أن مبادئ المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا قد أدت وستؤدى الى اهدار الحريات والخلط بين المبادئ التى أوردها الدستور فقضاءها إما ان يسبغ الصيغة القضائية على لجان ادارية بحته وذلك مراعاة لاعتبارات ليست قانونية ، ولكنها اعتبارات سياسية ، وإما أن تجعل من جهات أخرى مختصة بنظر بعض المنازعات الادارية خروجا على اختصاص مجلس الدولة الوارد فى الدستور وتجاهلا لحكمة ايراد اختصاصات المجلس فى الدستور منعا من أن تكون السلطة التشريعية أداة طيعة لتنفيذ ما تبتغيه السلطة التنفيذية التى هى الخصم الرئيسى الذى يقف أمام مجلس الدولة لتجعل من اليسير على هذا المشرع أن يجعل هذا النص الدستورى خاليا من أية دلالة ويقف المجلس محصنا ضد الغاوه الغاءه ولكن يمكن بسهولة سلبه لأغلب اختصاصاته وهو ما يجعل قضاء المحكمة الدستورية واجب التعديل حتى تكتسب مكانتها فى الحفاظ على الدستور لا فى الخروج عليه[1].

(١) انظر حكم المحكمة الادارية العليا - جلسة ٢٦ مارس سنة ١٩٨٣ - الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٢٨ ، حيث اعتبرت المحكمة العسكرية لاكاديمية الشرطة رغم النص الصريح فى القانون ١٥ لسنة ٦٦ بعدم جواز الطعن فى أحكامها واعتبرتها مجرد محكمة تأديبية يختص المجلس بالطعن فى قراراتها ، وهو ما يعد ابتداعا للمحكمة الدارية العليا خرجت فيه عن حدود التفسير وجعلته من المبادئ القانونية العامة الخاصة باستقلال القضاء سببا لتأويل القانون وهو يماثل مذهب مجلس الدولة الفرنسى .

المبحث السابع

القانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣

منذ أن سادت الديمقراطية كأفضل النظم التى يستطيع الشعب فيها أن يعبر عن ارادته وذلك باختياره من يقومون بحكمه وذلك عن طريق مباشرة وظيفة التشريع وكان واجبا من ثم أن تحاول النظم السياسية المختلفة الوصول الى أفضل الطرق حتى يكون البرلمان معبرا عن الرأى العام الصحيح ومن هنا جاءت نظم الانتخاب باختلافها لتضمن صحة هذا التعبير عن الرأى ، فالرأى العام فى نهاية الأمر هو هدف الأنظمة الديمقراطية واحترامه هو الفارق بين هذه الأنظمة والأنظمة الديكتاتورية وعملية الانتخاب ذاتها هى أفضل الصور ديمقراطية للوصول الى اتجاهات الرأى العام(١) ، واذا كانت الصورة التقليدية للانتخابات هى الانتخابات الفردية بالأغلبية المطلقة أى أن يحصل على مقعد البرلمان من يحصل على أغلبية أصوات الناخبين فى دائرته الانتخابية إلا أن مقتضى هذه الطريقة هو اهدار أصوات ٤٩٪ من الناخبين واذا علمنا ان من يدلون بأصواتهم فعلا يقلون بكثير عن المقيدين بجداول الانتخاب وباضافة الأصوات الباطلة نجد أن الحاصل على الأغلبية المطلقة لم يحصل إلا على أغلبية عدد ضئيل من الأصوات بالمقارنة بعدد الناخبين ، كما حدده القانون أى أنه باختصار لا يمثل الا قلة ضئيلة من الناخبين وهو ما أدى إلى نفى عدد من الفقهاء فكرة

---

(١) انظر تعبير أحد الكتاب الأمريكيين عن قيمة الرأى العام عند الفرنسيين ووصفه بأنه اله الوعى عندهم . انظر أحاديث عن القانون الأمريكى - ص ١٢ ، هارولد بريمان ، وانظر د/ سعد عصفور مقالته فى مجلة المحاماة - ص ١١٢ ، حيث ذهب الى أن ضمانة الرأى العام هى أعز الضمانات تحقيقا - ص ١٠٢ .

تمثيل ارادة الشعب ومن هنا حاولت النظم المختلفة ضمان عدم اهدار أصوات الناخبين فظهر نظام تمثيل المهن والحرف كمحاولة لجعل البرلمان فعلا مصورا لارادة الأمة ، كما ظهر نظام التمثيل النسبى فى البرلمان وهو نظام ملازم لنظام الأحزاب السياسية ، حيث تمثل هذه الأحزاب بنسبة ما حصلت عليه فى الانتخابات ، فمن حصل على ٥٠٪ من الأصوات يحصل على هذه النسبة من المقاعد وكذلك من يحصل على نسبة ١٠٪ من الأصوات ، وتجبر أصوات الناخبين وفقا لنظم متعددة[١] ، وتتطلب النظم السياسية حصول الحزب على حد أدنى من أصوات الناخبين حتى يتسنى تمثيله فى البرلمان ولا تتجاوز هذه النسبة ٥٪ من مجموع أصوات الناخبين ولا يعيب هذا النظام سوى أنه فى حالات حرية تكوين الأحزاب السياسية وبلوغ الرأى العام درجة كبيرة من الوعى يصعب حصول حزب واحد على أغلبية تؤهله للحكم دون ائتلاف مع الأحزاب الصغيرة .

ومنذ أن عرفت مصر النظام الانتخابى وفقا لمفهومه الحديث وهى تأخذ بنظام الانتخاب الفردى بالأغلبية المطلقة وظل الحال كذلك الى أن أخذت مصر بمقتضى القانون ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ بخصوص انتخابات مجلس الشورى بنظام الانتخاب بالقائمة بالأغلبية المطلقة ، وهو نظام يجمع بين مساوئ الانتخاب الفردى بالأغلبية المطلقة ومساوئ وجود حزب واحد شديد السيطرة ، فهذا النظام يؤدى الى حصول الحزب الذى يحصل على ٥١٪ من الأصوات على ١٠٠٪ من مقاعد المجلس وهو لا يؤدى فقط الى

---

(١) انظر فى نظم الانتخابات المختلفة ، د/ محمود عيد - نظام الانتخاب (رسالة) ونظم الانتخابات فى العالم وفى مصر ، د/ عبدالله ناصف ، د/ سعاد الشرقاوى - ص ٩٠ ، ١٢٤.

انهيار فكرة عدم اهدار أصوات الناخبين بل ويؤدى الى انهيار فكرة تعدد الأحزاب ، وباختصار فان هذا النظام لا يمت الى الديمقراطية شكلا ، أو موضوعا ، بل هو نظام يصلح فقط كستار لديكتاتورية الحزب الحاكم وقد أخذ بهذا النظام أيضا القانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ معدلا بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ فى خصوص انتخابات المجالس الشعبية المحلية ومما يوضح طبيعة هذا النظام كستار لفرض سيطرة الحزب الحاكم هو أنه يمنع الائتلاف بين الأحزاب فى صورة قوائم مشتركة وهو نظام يكفل استبعاد المعارضة من التمثيل فى المجالس النيابية ويدعم نظام الحزب شديد السيطرة[١] .

واتساقا مع فكرة الانتخاب بالقوائم الحزبية صدر القانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣ متضمنا قيام انتخابات مجلس الشعب على أساس نظام التمثيل النسبى مع الأخذ بالقوائم الحزبية[٢] ، أى أنه اخذ بفكرة صحيحة لعدم اهدار أصوات الناخبين إلا أنه قيد التمثيل النسبى بوجوب حصول الحزب حتى يمثل فى البرلمان على ٨٪ من مجموع أصوات الناخبين مجتمعة كما أنه منع الائتلاف بين الأحزاب فى قوائم مشتركة ، وهو ما أدى الى ابتعاد النظام عن الفكرة الصحيحة للديمقراطية وأصبح هذا النظام وكأنه ابتداع من قبل الحزب الحاكم ليضمن لنفسه الحصول على نسبة كبيرة من المقاعد تفوق نسبة ما يحصل عليه من أصوات وهو ما حدث فعلا ولقد ثارت مناقشات دستورية عديدة ، حول دستورية حرمان المستقلين من الترشيح وفقا لنظام القوائم الحزبية[٣] ، كما ثارت مناقشات عديدة حول دستورية الأخذ بهذا

---

(١) د/ سعاد الشرقاوى ، د/ عبدالله ناصف - المرجع السابق - ص ٢٧٧ ، ٢٨٤ .

(٢) الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ فى ١١ أغسطس سنة ١٩٨٣ .

(٣) انظر تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى عن الاقتراح بمشروع قانون بتعديل قانون مجلس الشعب ، مضبطة مجلس الشورى ، دور الانعقاد العادى الثالث - =

النظام ، وعما اذا كان الدستور يسمح به أم لا ؟

واننا نرى أن الفيصل فى دستورية الأخذ بنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية يتوقف على ما اذا كانت هناك من النصوص الصريحة الواضحة أو الضمنية فى الدستور ما يمنع من الأخذ بهذا النظام أو أن يكون المشرع الدستورى قد عبر عن ارادته صراحة أو ضمنا فى الأخذ بنظام معين حينئذ يكون الأخذ بنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية غير دستورى ، فاذا انتقلنا الى القانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣ وجدنا المادة الخامسة مكرر من القانون ٣٨ لسنة ١٩٧٢ (المضافة بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣) تنص على أن يكون انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الا نتخاب بالقوائم الحزبية ويكون لكل حزب قائمة خاصة به ولا يجوز أن تتضمن القائمة الواحدة أكثر من مرشحى حزب واحد ويجب أن تتضمن كل قائمة عددا من المرشحين مساويا للعدد المطلوب انتخابه فى الدائرة وعددا من الاحتياطيين المساوى له ... وعلى الناخب أن يبدى رأيه باختيار احدى القوائم بأكملها دون إجراء أى تعديل فيها .

وتنص المادة السابعة عشرة من ذات القانون على أن ينتخب أعضاء مجلس الشعب طبقا لنظام القوائم الحزبية بحيث يعطى لكل قائمة عدد من مقاعد الدائرة بنسبة عدد الأصوات الصحيحة التى حصلت عليها والذى يظهر من هذا العرض لنصوص القانون أن فلسفة الانتخاب بالقائمة تكمن فى الاعتماد كليا على النظام الحزبى وأنه لذلك نصت المادة الثامنةعشر من ذات القانون على أنه إذا خلى مكان أحد الأعضاء المنتخبين قبل انتهاء

= الجلسة ٨٥ فى ١٩٨٣/٧/٢٠ ، وانظر مضبطة مجلس الشعب - جلسة ٥٨ فى ١٩٨٣/٧/٢٠ .

مدة عضويته حل محله أحد الأعضاء الأصليين الذين لم يحل دوره فى العضوية نتيجة عدد المقاعد التى حصلت عليها قائمته فى الانتخابات ، فاذا لم يوجد أعضاء أصليون حل محل من انتهت عضويته العضو الاحتياطى ، وهذه المادة تتفق مع ما يوجبه نظام الانتخاب بالقائمة من عدم اعادة الانتخابات فى أى دائرة من الدوائر اذا خلى مكان أحد الأعضاء المنتخبين قبل انتهاء مدة عضويته وأساس ذلك يكمن فى أن النظام كله نظام متكامل ، فكيف مثلا يمكن اعادة الانتخاب مع وجود شرط ضرورة حصول الحزب على ٨٪ من مجموع أصوات الناخبين ومن ناحية أخرى كيف ستدخل الأحزاب الانتخابات فى حالة اعادتها بقائمة كاملة فى حين أن هناك مكانا واحدا شاغرا ؟

واذا بحثنا فى مدى دستورية هذا النظام ككل وحاولنا أن نعثر فى الدستور على نص يبرز اتجاه السلطة التأسيسية حول هذا الموضوع وجدنا أن نص المادة ٩٤ من الدستور واضح الدلالة فى أنه لا يعرف سوى الانتخاب الفردى(١)

فالمادة ٩٤ من الدستور تنص على أنه ، اذا خلى مكان أحد الأعضاء قبل انتهاء مدته انتخب أو عين خلف له خلال ستين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس بخلو المكان وتكون مدة العضو الجديد هى المدة المكملة

---

(١) انظر عرضا مستفيضا لاسانيد عدم دستورية هذا القانون استنادا الى تفسير نص المادة ٤٠ والمادة ٦٢ من الدستور فى مقال د/ سعد عصفور ، مجلس المحاماة - العدد الخاص بالانتخابات - ص ٤٦ ، حيث فسر هذه المواد تفسيرا يؤدى إلى عدم دستورية نظام التمثيل النسبى بالقوائم الحزبية فى حجج قوية وهذه التفسيرات يمكن أن تأخذ بها المحكمة الدستورية العليا أو لا تأخذ وفقا لمبادئها العليا ولذلك أثرنا التركيز على نص المادة ٩٤ من الدستور لأنه فى رأينا يقطع كل طريق للأخذ بنظام الانتخابات بالقائمة .

لمدة عضوية سلفة ، فالنص واضح فى وجوب إجراء عملية الانتخاب فى حالة خلو مكان أحد الأعضاء قبل انتهاء مدته أو تعيين عضو جديد إذا كان العضو الذى خلا مكانه معينا من قبل رئيس الجمهورية ، وفقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٨٧ وعلى هذا وضحت نية الشارع الدستورى فى أنه لا يعرف نظام الانتخابات بالقائمة ولقد كان واجبا تعديل الدستور قبل أن تجرى الانتخابات بالقائمة(١) ، ولقد ذهب أحد أعضاء مجلس الشعب فى تعليقه على نص المادة ٩٤ الى أن الدستور ككل يأخذ بنظام الانتخاب الفردى إلا أنه استطرد أن العرف الدستورى قد يستقر على أوضاع لا تتطابق وصريح النصوص الدستورية ، إذا ما تراضت على ذلك السلطات والهيئات والأحزاب أو غالبية هذه الأحزاب واستطرد قائلا أنه ليس معنى هذا أن يعتدى على نصوص الدستور باسم العرف الدستورى انما ما دام النص الخاص بنظام الانتخاب بالقائمة الذى يعالج كيفية شغل المقعد الخالى بالوفاة أو الاستقالة لا يخرج فى مضمونه وهدفه مع أن يشغل من كان اسمه ضمن القائمة التى جرى على اسمائها الانتخاب أى أنه سيشغل المقعد الخالى بنفس الأسلوب الذى نصت عليه المادة ٩٤ من الدستور ومن ثم لا يتعارض هذا الوضع مع النص الدستورى(٢).

وهذا القول منتقد لأن الكلام من العرف الدستورى هو كلام سابق للأوان لأن الانتخابات التى جرت هى الانتخابات الأولى بهذا النظام ، فكيف يمكن التكلم عن عرف لم يتكون بعد ؟ كما أن القول بامكانية

---

(١) أول من نادى بتعارض نظام الانتخابات بالقائمة مع المادة ٩٤ من الدستور هو المستشار عبدالحميد يونس فى مقال له بجريدة الأخبار فى ١٩٨٤/٣/٢٧ .

(٢) مقال للأستاذ حسن حافظ بجريدة الأخبار فى ١٩٨٤/٤/٣ بعنوان ليس دفاعا عن القوائم النسبية .

مخالفة نص صريح فى الدستور بموافقة وتراضى السلطات والأحزاب هو قول يحمل فى نفسه امكانية الغاء الدستور بنفس هذا التراضى وهو مالم يقل به أحد ، كما أنه ليس هناك مجال لعرف مخالف للدستور فى ظل وجود رقابة قضائية على دستورية القوانين ، فضلا عن أن ما ذهب اليه عضو مجلس الشعب من المواءمة بين نص المادة ٩٤ وقانون الانتخابات ومحاولة تطويع الدستور ليخضع للقانون والمفروض أن يخضع القانون للدستور لا العكس وقد أيد أحد كبار فقهاء الحزب الحاكم القول بعدم دستورية نظام الانتخاب بالقوائم حيث ذهب فى مقاله[(١)] ، إلى أنه وان كان من أنصار نظام القوائم النسبية فى الانتخابات الا أن نصوص الدستور واضحة فى أنها تأخذ بالانتخاب الفردى وأضاف أن حلول أحد الأعضاء الاحتياطيين محل العضو الأصلى الذى توفى يخل بعملية الانتخاب جميعا ، ذلك أنه ينطوى على اخلال بالنتيجة التى أرادها الناخبون والتى تحدد بالبناء عليها عدد المقاعد التى حصلت عليها كل قائمة وبهذا التحديد رصدت ارادة النائب وانتهت العملية الانتخابية فاذا جاء الحلول ليأتى بعضو لن تدركه ارادة الناخبين ليحل مكان من ارتضته هذه الارادة وفى حدود النسبة التى تحددت يوم الانتخاب ففى ذلك اخلال بالنسبة وبارادة الناخبين معا .

وأننا نضيف الى هذه الأسباب جميعا نص يؤيد القول بأن الدستور لم يعرف سوى الانتخاب الفردى المباشر ويتمثل فى نص المادة ٨٧ فى فقرته الأخيرة حيث تجيز هذه الفقرة لرئيس الجمهورية أن يعين فى المجلس عددا

---

(١) الأستاذ على منصور المحامى - جريدة الأخبار فى ١٩٨٤/٤/١١ فى مقال له بعنوان وبت أخاف على التجربة .

من الأعضاء لا يزيد على عشرة وهذا الحق لا يمكن أن يثبت لرئيس الجمهورية فى ظل نظام القائمة الحزبى لأنه يقوم على اختيار الحزب لا الفرد وأن اعطاء الحق لرئيس الجمهورية فى هذا التعيين كان سببه أنه فى ظل الانتخاب الفردى كان من الواجب أن يستعين الرئيس ببعض ذوى الخبرة أو ممثلى بعض الطوائف الذين يأبون دخول الانتخابات اما فى ظل النظام ذى القائمة فليس هناك ما يمنع من ادخال أى حزب لمن يشاء فى قامته لأن الانتخابات تتم على نظام الحزب واتجاهاته أكثر من الأشخاص الممثلين له أو على الأقل هذا هو المفترض كما أن فى النظام الحزبى يمكن أن يكون تعيين العشرة أعضاء من قبل رئيس الجمهورية مرجحا لكفة حزب على آخر اذا عين الرئيس هؤلاء العشرة من الحزب الذى لم يحصل على أغلبية وهو ما يؤدى الى انهيار أساس فكرة الانتخابات كأداة ليصل الى الحكم من انتخبهم الشعب لا بواسطة من عينهم رئيس الجمهورية واذا علمنا أن هذا النص كان فى الدستور فى ظل الأخذ بالاتحاد الاشتراكى كممثل وحيد لتحالف قوى الشعب العاملة أمكننا أن ندرك أن هذا النص وان كان لا يصبح مؤثرا فى ظل نظام الانتخاب الفردى لأن النظام الأخير يبيح للمستقلين دخول الانتخابات فانه لا يمكن قبوله فى ظل نظام الانتخاب بالقائمة النسبية ، هذا ما يساند فى رأينا أن الدستور لا يعرف نظام الانتخاب بالقائمة ومن ثم فهو نظام دستورى .

رأى محكمة القضاء الادارى :

تقدم أحد المستقلين بطعن فى دستورية قانون الانتخابات بالقائمة أمام محكمة القضاء الادارى[1] فى صورة طعن فى قرارات دعوة الناخبين لانتخاب أعضاء مجلس الشعب والقرار الصادر من مدير أمن القاهرة برفض تمكينه من سداد تأمين الترشيح ، وأثارت فى هذه الدعوى أوجه عدم دستورية قانون الانتخابات بالقائمة ، طالبا وقف القرارات المطعون فيها واحالة الدعوى للمحكمة الدستورية العليا ، قد ذهبت المحكمة إلى أن الدستور فى مادتيه الأولى والثانية وقد اعتبر النظام الحزبى أساسا لصياغة النظام السياسى فى الدولة والحكمة التى حدت بالشارع بالأخذ بأسلوب تعدد الأحزاب هو باعتبار أن الأحزاب هى التى تقوم بتنظيم الأفكار والمبادئ الاجتماعية والسياسية المختلفة كما تعمل على مساعدة جمهور الناخبين على تكوين آرائهم السياسية ، فاذا ما ترك كل ناخب وشأنه تغدو الديمقراطية شكلا بلا مضمون اذ يستحيل فى كثير من الحالات ، تكوين ارادة عامة أو رأى عام وأنه لا قيمة لنظام تجد فيه الحكومة أمامها افرادا متفرقين لا تجمعهم منظمات سياسية وعليه فوجود أحزاب فى البرلمان يحول دون استبداد الحكومة واساءة استعمالها لسلطتها وقد كان هذا الرد من المحكمة فى مجال الدفاع عما جاء بالقانون حرمانا للمستقلين من حق الترشيح وانتهت الى أن هذا المنع لا افتئات فيه على حرية المستقل لأن الدستور نص فى المادة ٩٨ منه على أن يحدد القانون الشروط الواجب توافرها فى أعضاء مجلس الشعب فلا تثريب على المشرع أن تطلب وجود

(١) الدعوى رقم ٣٦٠٨ لسنة ٣٨ المقامة من السيد أحمد كمال حسن خالد - الحكم فيها بجلسة ١٩٨٤/٥/٨ .

انتماء المرشح لأحد الأحزاب السياسية وعندما تطرقت المحكمة الى نص المادة ٩٤ من الدستور ذهبت الى أنه وفقا لنص المادة ٨٨ من الدستور اقتضت الملائمة التشريعية الأخذ بنظام الانتخابات بالقائمة النسبية وأن لهذا النظام من المزايا ما يرجح عن الأخذ بنظام الانتخابات الفردية وأنه لا تثريب على الارادة التشريعية أن هى تخيرت بين أمرين كلاهما مشروع وجائز قانونا وهذه ملائمة تشريعية متروكة للسلطة التشريعية ، وانتهت المحكمة الى أن أقصى ما يمكن أن تنصرف اليه حكم المادة ٩٤ من الدستور هو أن حلول عضو محل آخر بمجلس الشعب فى حالة خلو المكان قبل انتهاء فترة العضويه يجب أن يكون بذات الأسلوب الذى اكتسب به العضو الأصلى العضوية فى المجلس فان كان بطريق الانتخاب وجب أن يكون العضو الجديد منتخبا وان كان بالتعيين وجب أن يكون خلفه معينا ومتى كان ذلك هو المعنى المستفاد من نص المادة ٩٤ من الدستور ، فقد اقتضى القول بأن حكمها غير منوط بنظام انتخابى دون آخر وان شرعت أصلا وقت أن كان الانتخاب يجرى على أساس النظام الفردى إلا أن بقاءها لا يعنى لزوما عدم جواز العدول عن هذا النظام الى نظام الانتخاب بالقائمة ما دام حكمها يتسع لهذا النظام والملاحظ أنه لا تعارض بين نص هذه المادة وبين نظام الانتخاب بالقائمة وذلك أنه إذا خلا مكان عضو فى القائمة قبل انتهاء مدته حل محله عضو بذات القائمة التى فازت فى الانتخابات ولذلك فان هدف الشارع من حكم المادة ٩٤ من الدستور يكون متحققا فى جميع الأحوال مع فارق لا يعدو أن يكون مجرد إجراء شكلى بحت ولا يعد هذا خروجا على مقتضى نص المادة ٩٤ من الدستور طالما أن العبرة فى تحصيل مضمون النص هو بالوقوف على صحيح معناه ويكون باستظهار

دلالته والأخذ بمقتضاه دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ التى أفرغ فيها محتواه وأنه مع الأخذ بنظام الانتخاب بالقائمة ، فلا مساس بنص المادة ٧٤ سواء فى دلالته أو فحواه وقد انتهت المحكمة الى رفض طلب وقف تنفيذ القرارات المطعون فيها وان الدفع بعدم دستورية القانون دفع غير جدى .

رأينا الخاص :

أوضح حكم محكمة القضاء الادارى سالف البيان مدى خروج المحكمة على نصوص الدستور فرضا لمبادئها العامة فنحن وان كنا نتفق معها فى دفاعها عن النظام الحزبى ومع اعترافنا بضرورة أن تمثل الأحزاب فى البرلمان حتى تكون فى البرلمان معارضة منظمة وقوية ، كما أننا نؤيد اتجاه المحكمة فى خصوص الحاجة الى تكوين رأى عام قوى وأن الأخير لن يتسنى له الظهور بغير أحزاب ذات برامج وأهداف واضحة وانا معها نؤمن بأن نظام الانتخاب بالقائمة مع التمثيل النسبى اذا حذفنا منه شرط الحصول على ٨٪ من أصوات الناخبين هو من النظم التى تكفل تمثيل الأحزاب تمثيلا صحيحا مع وجوب الاشارة إلى أن رفض المستقلين البرلمان لن يكون قائما على أسباب صحيحة إلا إذا كفلت حرية تكوين الأحزاب دون قيود تعوقها حينئذ لن يجد المستقل حجة لعدم انضمامه أو انشاؤه لحزب ما .

ولكن مع ذلك فلا يجب أن تغلب المحكمة رأيها على نصوص الدستور الصريحة ولا أن تؤول هذه النصوص لتجعلها لا تتعارض مع معتقداتها والظاهر من الحكم سالف البيان أن المحكمة فى سبيل فرض

اتجاهها المؤيد لدستورية قانون الانتخابات ، خرجت على القواعد الأولية في التفسير حيث أهملت عبارة النص وأخذت بدلالته حتى ليس بدلالة النص ذاته ولكن بدلالة تفسيرها هي للنص ، فقد انتهت المحكمة الى أن ما أورده الدستور من وجوب انتخاب من خلي مكانه وصفت المحكمة ذلك بأنه مجرد إجراء شكلي وهو إجراء شكلي فعلا ولكنه واجب الاتباع لا الاهمال والأهم من هذا هو دلالة هذا الإجراء على نية المشرع الدستوري أي أن المحكمة باختصار أهملت نص المادة ٩٤ في سبيل فرض مبادئها العامة التي أدت الى تحوير فحوى هذه المادة ، كما أنه يجب الاشارة الى اتجاه خطير لدى المحكمة يتمثل في رفضها القول بجدية الدفع بعدم دستورية هذا القانون إذ أنها بالرغم من كل هذه الأسباب المثاره للدلالة على عدم دستورية هذا النص انتهت الى عدم جدية المطاعن الموجهة لدستورية القانون منعت من ثم وصول هذه الطعون إلى المحكمة الدستورية العليا وهو ما يجعل منها قاضيا دستوريا واداريا في نفس الوقت وهذا لا يجوز[(١)].

الملائمة والإنحراف التشريعي في القانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣ :

أثار أحد كبار الفقهاء عديدا من الملاحظات القيمة حول هذا القانون في صدى تعليقه عليه[(٢)]، فذهب إلى أن الواقع المصري به عديد من الحقائق التي يجب وزن القانون على أساسها منها :

---

(١) انظر تعليق د/ سعد عصفور في هذا الخصوص ، حيث ذهب الى أن الحكم قد خاض في دستورية القانون على نحو لم يترك فيه مكانا للقضاء الدستوري ، مجلة المحاماة - العدد الخاص بالانتخابات - السنة ٦٤ مايو ويونيو سنة ١٩٨٤ - ص ٣٣ .

(٢) د/ أحمد كمال ابوالمجد : مقال له بجريدة الأهرام في ١٤/ ١٠/ ١٩٨٣ تحت عنوان الأحزاب السياسية والانتخابات بالقائمة في ضوء الواقع المصري المعاصر .

١- سيادة الأمية لدى الغالبية العظمى من الشعب بما يستتبع ذلك ضعف القدرة على المفاضلة بين السياسات والبرامج ، ولذلك فانه مهما قيل عن فوائد الانتخاب بالقائمة فان الأمر ينتهى فى الحقيقة الى انتخاب فردى لأشخاص لا لبرامج .

٢- تتمتع السلطة التنفيذية فى مصر بنفوذ هائل وقوى وهذا النفوذ ضارب فى أعمال التاريخ بما يجعل الحزب الحاكم يتمتع بفرصة للتفوق الساحق على خصومه وأحزاب المعارضة تخوض الانتخابات ضد الحزب الحاكم والحكومة معا لارتباط الاثنين .

٣- ان نظام الحزب الواحد الذى رضخت فيه البلاد فترة خمسة وعشرين عاما بعد ثورة يوليو ١٩٥٢ ، ومن المساوئ التى خلفها هذا النظام هو اندفاع المجتمع الى ترديد الشعارات التى تطلقها القيادات الحاكمة والى الدفاع عن سياستها وتبرير عثراتها وأخطائها حتى إذا اعترفت تلك القيادات بأخطائها وأعلنت اتخاذ سياسات ومواقف جديدة وتأييدها ، أدى ذلك الى سقوط قيمة الحقيقة وأوشك الصدق أن يودع حياتنا كلها وتبادل الحكام والمحكومين ألوانا من المخادعة صارت مع الزمن أشبه بعقد اجتماعى جديد تقوم عليه العلاقة بينهم وأصبح نظام الزعامة نظاما مقدسا معصوما .

٤- ان جذور الرئاسة الأبوية التى خلفها هذا النظام أصبحت أقوى من اطارها القانونى والدستورى وتظل فاعلية النظام القانونى واستمرار قواعده أمور مرهونة فى النهاية بارادة القيادة السياسية أى الرئيس الأعلى فى الدولة وهذه الحقائق تؤدى الى القول بأن الأغلبية الساحقة والتى تقرب

من الاجماع هى ليست بالظاهرة الصحية فالاجماع فى أمور السياسة والحكم أمر مستحيل التحقيق وانتهى الفقيه الكبير الى أن التفويض الدستورى الممنوح للمشرع لتنظيم حق الترشيح والانتخاب ليس تخويلا له لاهدار أصل الحق فى الانتخاب والترشيح وتقع هذه المصادرة اذا انطوى التنظيم على شروط عديدة يصعب تحقيقها فى كثير من الأحوال بحيث يكون القانون قد أهدر فعلا أصل الحق وأن هناك شبهة المساس بالحق الدستورى مستمدا من مبادئ المساواة الواردة فى الدستور كما أنه ليس من الأمور الدستورية أن يحال بين المرشح الناجح وبين دخول البرلمان لمجرد عدم حصول حزبه على ٨٪ من أصوات الناخبين مما يجعل شبهة عدم دستورية هذا القانون قوية .

ونحن إن كنا نسلم مع الفقيه الكبير بصحة تحليله لواقع العلاقة السياسية بين الحكام والمحكومين في مصر وأن طبيعة هذه العلاقة تجعل تجربة القوائم الحزبية لا تؤتى ثمارها لأول مرة إلا أننا نميل إلى القول بأن هذا النظام نظام القوائم الحزبية يمثل فى رأينا العلاج لكثير من العيوب التى ذكرها الفقه الكبير ، ويكفى أنه يمثل بداية الأخذ بركن من أهم أركان الديمقراطية ، وهو العمل على تقوية النظام الحزبى لأنه لن يكون هناك مجال لمباشرة الحياة السياسية إلا من خلال الأحزاب ، وهذا أمر يمثل عصب بناء حياة ديمقراطية سليمة ونحن نرى أن شبهة عدم دستورية هذا القانون التى اشار لها الفقيه الكبير انما هى فى حقيقة الأمر عدم ملائمة القانون للواقع السياسى المصرى وفقا لتحليله كما أننا حين انتهينا الى تأييد النظام الذى أتى به القانون - مع بعض التحفظات انما كان ذلك تقديرا منا أيضا لمدى ملائمة هذا القانون للواقع السياسى المصرى أن أننا

حين عرضنا رأى الكاتب الكبير كان ذلك عرضا لمدى ملائمة القانون لا دستوريته ومن هنا يمكن أن ننطلق الى نقط أخرى هى محل البحث ألا وهى هل بهذا القانون يوجد ثمة انحراف تشريعى ؟ ان التجارب السياسية تثبت أن كثيرا من الحكومات حينما تستشعر انخفاض تأييد الناخبين لها وتتأكد من أنها لن تحصل فى الانتخابات العامة التى تلى انتهاء مدة الحكومة على أغلبية برلمانية تؤدى بها الى تشكيل الحكومة فى النظم البرلمانية أو على أغلبية تيسر لرئيس الجمهورية حكم البلاد فى سهولة فى النظم الرئاسية حينئذ تسعى إلى وضع قانون تحاول به قدر الامكان ان لم تحصل بمقتضاه على أغلبية كبيرة أن تضعف على الأقل الأحزاب أو الحزب المتوقع حصولها على أغلبية كبيرة ، كما جرى فى فرنسا فى ظل رئاسة فرانسوا ميتران والحزب الاشتراكى للدولة حيث يسعى الى عمل قانون الانتخابات بالقائمة النسبية وذلك فى محاولة لاضعاف اليمين الفرنسى فى انتخابات عام ١٩٨٦ لثبوت انهيار شعبية الحزب الاشتراكى ، فهى يمكن وصف هذا الوضع بأنه انحراف تشريعى لأن الحزب الحاكم يحوز على أغلبية أصوات البرلمان الكافية لتمرير هذا المشروع ؟ وإذا انتقلنا الى مصر هل يعد تغيير نظام الانتخابات الى نظام القوائم الحزبية انحرافا بالتشريع ؟

اننا لانعتقد فى ذلك لأن مثل هذا القانون لن يؤدى بالضرورة الى سيطرة الحزب الحاكم أو اضعاف الأحزاب الأخرى فارادة الناخبين يمكن أن تقلب الموازين تماما ويكون هذا القانون سببا فى انهيار أغلبية الحزب الحاكم أى أن القصد الخاص للبرلمان فى حالة الموافقة على هذا القانون لا يمكن بوضوح القول بأنها تتعارض مع الصالح العام لأن الصالح العام هنا لم يتأثر بهذا القانون فقط ولكنه يتأثر أكثر ما يكون بما ستتجه اليه إرادة

الناخبين وما دام القانون ذاته قد احترم هذه الارادة أى أننا باختصار نرى عدم ثبوت الانحراف بأدلة قاطعة فى خصوص قانون الانتخاب بالقائمة الحزبية كما أننا لنفس السبب لا نستطيع القول بالانحراف التشريعى فى خصوص ما تضمنه القانون من ضرورة حصول الحزب على ٨٪[١] من اصوات الناخبين مجتمعة ، وعلى تحريمه الائتلاف بين الأحزاب فهذين الشرطين وإن كانا يوضحان مدى الجهد الذى بدله الحزب الحاكم لضمان أغلبية ساحقة له فى البرلمان وأنه ابتدع ما ليس مألوفا فى نظم الانتخابات إلا أن هذين الشرطين وإن كانا غير ملائمين إلا أنهما ليس معيبين بالانحراف التشريعى وذلك لأن غاية المشرع منهما لم تتوقف على ارادته وحده ، حقا أنه وفقا لما يتيسر له من وسائل قياس الرأى والقدرة على التأثير بوسائل اعلامه على الناس من قدرة على التنبوء تماما بحجم مؤيديه ومعارضيه وأن استطلاعات الرأى أصبحت عاملا مؤثرا للغاية فى الانتخابات[٢] ، إلا أنه بالرغم من هذا تبقى لارادة الناخبين الكلمة الأخيرة ، ومن هنا لا يمكن وصف غايات المشرع بالانحراف لأنه ليس ثابتا تماما أو على وجه يقينى ، وان كان من الممكن توجيه مطاعن دستورية لهذا القانون فهى فى رأينا تتعلق بما تضمنته من اهدار لأصوات الناخبين فى حالة

---

(١) مضبطة الجلسة ٨٥ ، دور الانعقاد العادى الرابع ٢٠ يوليو سنة ١٩٨٣ - ص ٩٣ ، ويجب الاشارة الى أن المشروع الأصلى كان ينص على الحصول على ١٠٪ من مجموع أصوات الناخبين ولكن رئيس الجمهورية ورئيس الحزب فى الوقت ذاته طلب بتخفيض هذه النسبة الى ٨٪ ، واستجاب مجلس الشعب لذلك ، واذا كان فى هذا الأدلة واضحة على تأثير رئيس الحزب على الحزب إلا أنه يوضح اتجاها لدى رئيس الحزب أكثر ديمقراطية وهو عكس ما كان موجودا من قبل وترتب على هذا الشرط أن أقصيت ثلاثة أحزاب من خمسة عن التمثيل البرلمانى بالرغم من حصول احدها على ٤و٧٪ من أصوات الناخبين .

(٢) كان لاستطلاعات الرأى تأثير ضخم فى نتيجة انتخابات الرئاسة الأمريكية ، انظر الواشنطن بوست فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٨٤ .

استبعاد الأصوات الى لم يحصل الحزب الحاصل عليها على ٨٪ من مجموع أصوات الناخبين .

كما أن أحد كبار الفقهاء[١]، ذهب إلى أن تقسيم الدوائر الانتخابية طبقا للجدول المرفق بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٨٣ يمثل قمة الشذوذ والتلاعب على نحو يسمه بعدم الدستورية لاصدار مبدأ المساواة التقريبية بين أصوات الناخبين ولتشتيته الناخبين وتلاعبه فى وحدتهم الفكرية على النحو الذى يبدد قوى الأحزاب المعارضة ويخل بمبدأ المساواة فى الفرص بين الأحزاب المتنافسة .

والواقع أننا نرى أنه إذا صدقت مقولة الكاتب الكبير حول وجود تلاعب فى تقسيم الدوائر الانتخابية فان الجدول المرفق بالقانون يكون معيبا بالانحراف التشريعى لا بعدم الدستورية الموضوعية ، ذلك أن هذا المجال - تمزيق الدوائر الانتخابية - هى من الأمور التى إذا ثبتت كان التشريع معيبا بالانحراف لأن التشريع ظاهر الصحة ويبدو لأول وهلة أنه ليست به ثمة عيوب دستورية ، فاذا بحثنا فى قصد مصدر التشريع وأثبتنا قصده فى تمزيق الدوائر الانتخابية ودللنا على ما فى هذا التمزيق من تشتيت لوحدة الناخبين الفكرية رغبة فى تأييد مرشح معين ضد مرشح آخر كان بحثنا فى القصد والنية والغرض أى بحثنا فى الانحراف ولكن الفقيه الكبير لم يبرز أدلة قاطعة على قصد تمزيق الدوائر الانتخابية حتى نستطيع القول بالانحراف التشريعى .

وأخيرا أثبتنا بهذا العرض الفارق بين الملائمة وبين الانحراف ووضح لنا أن ملائمة التشريع تكون نتاج العلاقة بين الظروف الواقعية وهى تلك

(١) د/ محمد عصفور : مجلة المحاماة - العدد الخاص بالانتخابات - ص ٦٦ .

التى أبرزها الفقيه الكبير[١]، من واقع الحياة السياسية المصرية ، وبين محل التشريع الذى هو وجوب الحصول على ٨٪ من أصوات الناخبين مجتمعة فهذه العلاقة هى التى تؤدى الى القول بملائمة أو عدم ملائمة التشريع وهو ما أشرنا سابقا الى عدم جواز تطرق القاضى الدستورى اليه وتعرضنا الى امكانية قيامه بذلك حين يصل فى العراقة الى ما وصلت إليه المحكمة العليا في الولايات المتحدة أو يبلغ فى القدم مبلغ مجلس الدولة الفرنسي والمصرى ، حينئذ يمكنه أن يتطرق الى رقابة هذه العلاقة ولا تستند هذه الرقابة الى اعتبارات قانونية أو دستورية ولكنها - مثل رقابة السبب فى القرار الادارى - تتعلق بظروف واقعية تجد فيه المحكمة نفسها مضطرة الى التدخل لتقرر عدم ملائمة شرط الـ ٨٪ مثلا نظرا لآثاره الكبيرة على العلاقات السياسية بين الأحزاب فى البرلمان ، ولكن هذا الأمر يتطلب مدة طويلة ترسخ المحكمة فيها قضاؤها دفاعا عن الحقوق والحريات وتكتسب قوة تستمدها من الرأى العام تساند قوتها المستمدة من الدستور حتى تستطيع أن تواجه البرلمان بما له من قوة وسلطان وحينئذ لن تخشى المحكمة رقابة ملائمة التشريعات والصادرة عن البرلمان ولو استترت فى رقابتها للملائمة تحت أى ستار تبتدعه مثلما فعل مجلس الدولة المصرى والفرنسى حين راقب الملائمة فى القرارات الادارية .

أما رقابة الانحراف فهى رقابة مشروعة وواجبة على المحكمة ، لأنها تتعلق بركن هام من أركان القانون لا يصلح بدونه ، وهو ركن الغاية أى أنها فى رقابتها للانحراف لا تزن المحكمة ملائمة شرط الـ ٨٪ مثلا ولكنها تبحث عما إذا كان المشرع بشرطه هذا يهدف إلى غاياتٍ غير مشروعة أم لا .

---

(١) د/ أحمد كمال ابوالمجد : فى مقاله سالف البيان بجريدة الأهرام .

الفصل الثالث

الرقابة على الإنحراف التشريعى

فى ظل دستور ١٩٧١

نتناول هنا البحث فى اتجاهات المحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا حول فكرة الانحراف التشريعى وعما إذا كانت أى من المحكمتين قد تبنت فكرة الانحراف التشريعى وأخذت بها ، وهل أخذت بنظرية دكتور السنهورى عن الانحراف التشريعى أم أخذت بفكرة الانحراف كما أبرزناها ؟

وقبل أن نعرض لاتجاهات القضاء الدستورى يجدر بنا أن نشير إلى أن قسم التشريع بمجلس الدولة رغم أنه تعرض مرارا لفكرة دكتور السنهورى ، لا عن مقتضى العمومية والتجريد بل أنه بحث فكرة الانحراف التشريعى كما أبرزناها أى الفكرة الشخصية للانحراف فعندما تعرض القسم لبحث مشروع قانون قدمته وزارة الصحة وحددت فيه شروطا لممارسة مهنة العلاج النفسى ، ذهب القسم فى تقريره إلى أنه يثبت من استعراض التشريعات المنظمة لمناهج الدراسة بكليات الطب أنه يصعب القول بأنها - أى الكليات - قد استكملت كل مقوماتها لمجابهة الأخطار التى يتعرض لها تكوين الإنسان من الناحية النفسية وان هذا التطور يقرب من التعادل مع ما يتضمنه المشروع المعروض من شروط بالنسبة للترخيص فى مزاولة تلك المهنة لغير الأطباء البشريين ، وان ما تذكره الوزارة أنه من بين الأهداف المقنعة للمشروع اضفاء الشرعية على أولئك الذين خالفوا أحكام القانون القائم أملا فى استصدار قانون بإباحة مسلكهم مؤداه أن

يشوب المشروع عيب الانحراف ويفقده صفتى العمومية والتجريد مما يخلع عنه الصفة التشريعية[١].

وكما يظهر من هذا التقرير أن قسم التشريع قد حاكم مشروع القانون بعد أن أفصحت الجهة التى قدمته عن غرضها منه وظهر له أن هذا الغرض الخاص لا يجوز أن يكون محلا لقانون الأصل فيه أنه عام مجرد ومن هنا يتبين لنا تماما أن قسم التشريع بحث فكرة الانحراف التشريعى الصحيحة فى خصوص هذا المشروع والآن ننتقل الى بحث اتجاهات القضاء الدستورى فى ظل دستور ١٩٧١ .

(١) انظر قسم التشريع فى خمس سنوات تحت عنوان العمومية والتجريد ، وانظر تقرير قسم التشريع - ملف رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٢ - جلسة ١٩٧٢/٦/١١ .

المبحث الأول

إتجاهات القضاء الدستورى

اضطردت أحكام المحكمة العليا على أن ولايتها لا تمتد الى مناقشة ملائمة التشريع أو البواعث التى حملت السلطة التشريعية على اقراره[١]، وتابعت المحكمة الدستورية العليا بعد انشائها بمقتضى القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ هذا القضاء ، فمنذ بواكير أحكامها ذهبت أيضا إلى عدم امتداد ولاية رقابتها الى ملائمة التشريع والبواعث على اصداره[٢] وقد سبق وأوضحنا اختلاف عنصر الملائمة فى القانون عن عنصر الغاية منه وان الملائمة هى منطقة السلطة التقديرية الحقيقية وأن موقعها هو ركن السبب لا الغاية وأن البحث فى صحة الغاية هو بحث فى ركن من أهم أركان القانون ولهذا يمكن فهم قضاء المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا على أنها تقصد أحد أمرين الأول المساواة بين ملائمة التشريع والغاية منه فى عدم جواز بحثهما وهو يؤدى الى خلط يتنافى وأركان القانون ، أما الثانى فهو أن يفهم قضاء المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا على أنهما لا يبحثا فى ركن السبب فى القانون بحثا مباشرا فمن المعروف أن ركن السبب أو الوقائع فى القرار الادارى يتضمن ثلاث أنواع من الرقابة ، الرقابة على وجود السبب وصحته ، والرقابة على تكييف السبب ، وأخيرا الرقابة على

---

(١) المحكمة العليا - جلسة ١٩٧٢/٤/١ - القضية رقم ١١ لسنة ١ ق دستورية - مجموعة أحكام المحكمة العليا - ص ٢٧٨ ، والدعوى رقم ٢ لسنة ٣ ق عليا - جلسة ٧ يونيو ١٩٧٥ - مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا - القسم الأول - ص ٣١٤ ، وانظر حكم المحكمة فى الدعوى رقم ٥ لسنة ٥٧ عليا دستورية فى ١٩٧٨/٤/١ .

(٢) المحكمة الدستورية العليا - مجموعة أحكامها - الجزء الأول - ص ١٥١ ، دعوى رقم ١٣ لسنة ١ جلسة ١٩٨٠/٢/١٦ - ص ١٥١ .

التناسب بين المحل وبين السبب ، وهى رقابة الملائمة . فقصد المحكمتين اذن هوأنهما لا يبحثان مطلقا فى أى من صور الرقابة على السبب فى القانون وهذا التفسير الذى نؤيده يعضده استخدام المحكمتين للفظ البواعث الدافعة لاصدار القانون دون أن يشير الى الغاية من القانون أى أنهما فى خلاصة القول فى نظرنا قد أكدا انهما لا يتناولا وقائع القانون بالبحث . والمتتبع للقضاء الدستورى سواء كان قضاء المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية العليا يجد أنهما لم يطلقا الأمر للسلطة التشريعية لتتخذ من عدم قيام القضاء الدستورى بالبحث فى ملائمة التشريع سببا لغل يدها عن بسط سلطتها فى الرقابة على صحة التشريع ، فهى اعتبرت أن عدم امتداد رقابتها على الملائمة بمثابة قيد ذاتى فرضته على نفسها وليس سببا قانونيا للدفع بعدم قبول الدعوى لتعلق موضوع الطعن بعنصر الملائمة فى القانون فذهبت المحكمة العليا[1] ازاء هذا الدفع الى أنه وان كانت الرقابة القضائية علي دستورية التشريع لا تمتد الى ملائمة اصداره باعتبار أن ملائمة التشريع هى من أخص مظاهر السلطة فى سن القوانين دون تقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور والا كان التشريع مخالفا للدستور ولما كان يبين من هذا الطعن مخالفا للتشريع المطعون فيه للدستور لمصادرته حق التقاضى فى المنازعات التى نص عليها ، ولذلك فان الدفع بعدم قبول الدعوى ، استنادا الى خروج هذا التشريع عن رقابته الدستورية، لتعلق الطعن فيه بملائمة اصداره ، يكون غير قائم على أساس سليم متعينا رفضه ، وفى دعوى أخري ذهبت الحكومة فى ردها على مطاعن المدعى

---

(١) حكمها بجلسة ٣ يوليو ١٩٧٦ - الدعوى رقم ٥ لسنة ٥ ق عليا دستورية - مجموعة أحكام المحكمة العليا ص ٤١ .

حول دستورية القانون (١١٩ لسنة ١٩٦٤) الى الدفع بعدم اختصاص المحكمة ، ذلك أن المادة محل الطعن بعدم الدستورية تعتبر من الملاءمات المتروكة للمشرع ولا تمتد اليها رقابة المحكمة العليا وليس لها أن تناقش ضرورة اصدار التشريع أو بواعثه فذهبت المحكمة الى أنه لا يمكن القول بأن اصدار القانون المطعون فيه هو من الملائمات المتروكة للمشرع توصلا للقول بعدم اختصاص المحكمة بالنظر فى مدى دستوريته لأنه وان كانت المحكمة لا تختص وهى بصدد مزاولة الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالنظر فى ملائمة اصدار التشريع من عدمه إلا أنها تختص ببيان مدى مطابقة أحكامه للدستور دون تعرض لملائمة اصداره وانتهت الى رفض الدفع بعدم اختصاصها[1] ، كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا الى أن القول بأن تعويض الخاضعين للحراسة عن أموالهم وممتلكاتهم وان تقدير هذا التعويض يعد من الملاءمات السياسية التى يستقل بها المشرع لا يحول دون اخضاع هذين التشريعين للرقابة الدستورية هو دفع غير صحيح ، لأن كلا منهما قد تعرض للملكية الخاصة التى صانها الدستور ووضع لحمايتها ضوابط وقواعد محددة[2] ويمكن أن نستشف من هذا الاتجاه تأكيدا لما سبق وأعلناه من أن القضاء الدستورى قد وضع لنفسه أحد القيود الذاتية بعدم النظر فى الملاءمات السياسية أو بمعنى آخر عدم بحث ركن الوقائع فى القانون وهو ان كان واضح الدلالة فى أنه يقصر اختصاص المحكمة الدستورية عن البحث فى هذا الركن إلا أنه من ناحية أخرى لا يضع عائقا

---

(١) حكمها بجلسة ١٩٧٨/٤/١ - الدعوى رقم ٥ لسنة ٧ ق عليا دستورية - مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ٢ - ص ١٥٩ .

(٢) حكمها بجلسة ١٦ مايو ١٩٨١ - القضية رقم ٥ لسنة ١ ق دستورية - مجموعة أحكام المحكمة العليا - ص ١٩٥ .

أبديا أمام تطور قضاء المحكمة الدستورية لتنظر مستقبلا فى ركن الوقائع فى القانون قياسا على ما حدث فى القضاء الادارى .

وقد ناقشت تقارير مفوض الدولة سواء أمام المحكمة العليا أو أمام المحكمة الدستورية العليا فكرة الانحراف التشريعى باستفاضة وذلك تعليقا من هذه التقارير على فكرة دكتور السنهورى أى أنها ناقشت فروضه الخمسة التى أوردها فى بحثه وكان بحث فكرة الانحراف فى تقارير مفوضى الدولة لدى المحكمة العليا مرده توضيح حدود ونطاق الرقابة على دستورية القوانين لذا كان البحث فى تقارير هيئة المفوضين لا يتضمن فى الغالب الأعم النظرية ككل ، ولكن يتطرق الى جانب أو أكثر منها أو بمعنى آخر يتطرق البحث دائما الى بعض الفروض الخمسة لا كلها ، فهناك مثلا اشارات إلى ما تتضمنه النظرية من مبادئ عليا غير مدونة فى الدستور وذلك بخصوص معرفة قيمة الميثاق وقوته الملزمة[1] ، لأن هذا البحث أساس لمعرفة مدلول عدم الدستورية وهل يمكن أن يتطرق الى وثائق أو أحكام غير منصوص عليها فى الدستور[2] ؟ كما تطرق البحث فى أحد التقارير الى جواز أو عدم جواز البحث فى التشريعات المستترة التى يمكن أن تخفى مخالفة الدستور[3] ، وانتهى البحث الى ضرورة منع هذا التحايل وأن تمتد رقابة المحكمة لمعرفة طبيعة التشريع فلا يجوز التقيد بوصف الشارع لأعمال معينة بأنها من أعمال السيادة ، وقد أخذت المحكمة بهذا

---

(١) تقرير هيئة مفوضى المحكمة العليا فى الدعوى رقم ٦ لسنة ١ ق دستورية - مجموعة ياقوت العشماوى ص ١٣١ .

(٢) التقرير السالف البيان ص ١٤٤ ، ١٤٨ .

(٣) وهى التشريعات التى اشار اليها د/ أحمد كمال ابوالمجد فى رسالته عن الرقابة الدستورية فى الولايات المتحدة - ص ٤٤١ .

الرأى فى حكمها وانتهت الى أن العبرة فى تحديد التكييف القانونى لأى عمل تجريه السلطة التنفيذية لمعرفة ما اذا كان من أعمال السيادة أو عملا اداريا ، هي بطبيعة العمل وعليه فلا تتقيد المحكمة وهى بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذى يخلعه الشارع على تصرفات الحكومة وأعمالها وهذا الاتجاه هو منهج البحث فى الانحراف ، فهو بحث عن حقيقة مراد الشارع فكما سبق وأوضحنا أن لفظ التكييف يستعمل فى كثير من الأحيان عن غير المدلول الصحيح له بوصفه رد فهم الواقع فى الدعوى الى فهم القانون لهذا الواقع فالمحكمة الدستورية لا تراقب هنا تكييفا ولكن تراقب مجرد وصف قانونى يعتمد فى المقام الأول على حقيقة مراد الشارع ولا يمكن القول أن المحكمة أخذت بفكرة الانحراف التشريعى هنا ولكنها قطعا أخذت بمنهج الانحراف وهو البحث فى حقيقة التصرف أو لعمل منظورا اليه بعد استظهار قصد الشارع وفى أحد تقارير هيئة المفوضين نجد تأثرا شديدا بنظرية الانحراف وفقا لما وضعها دكتور السنهورى ، حيث أخذ التقرير بالفرض الثانى من فروض الانحراف التشريعى عند دكتور السنهورى ألا وهو الاسراف فى النص على الأثر الرجعى فبعد أن عدد التقرير مزايا مبدأ عدم الرجعية عموما من حماية للحقوق المكتسبة واستقرار المعاملات انتهى الى أن القرار بقانون المطعون فيه يتضمن هذا العيب كما ذهب التقرير الى أن الغاية والغرض الحقيقى من القرار محل الطعن هو منع القضاء من ممارسة سلطته فى نظر قضايا العاملين المعروضة عليه وغل يده عن الفصل فيها نتيجة انقضاء حقوقهم المقامة بشأنها هذه القضايا تنص على الأثر الرجعى للقرار وهذه الغاية مخالفة لمبدأ جوهرى من المبادئ العليا للدستور هو مبدأ استقلال السلطة

القضائية مما يجعله مخالفا للدستور والمبادئ الدستورية العليا[١] ، وهذه الجزئية من التقرير توافق فكرتنا عن الانحراف التشريعي فى خصوص وجوب مقارنة الغاية الحقيقية من التشريع التى تظهر بعد الكشف عن غرض المشرع الحقيقى منها بنصوص التشريع وفحواه ولكن المحكمة لم تأخذ بما ورد فى تقرير المفوض فى خصوص طبيعة القرار التفسيرية والغرض منها وانتهت إلى أنه ما دام قد صدر من مختص يملكه فلا أساس للقول بأن الأثر الرجعى للقرار يهدف الى غايات غير دستورية[٢] .

كما أخذ أحد التقارير بفكرة روح القانون لا حرفيته (ويقصد روح الدستور) وهى أحد فروض دكتور السنهورى ، وانتهى التقرير الى وجوب أن تنظر المحكمة فى حالات مخالفة روح الدستور الى مدى خروج التشريع علي الأهداف المقررة فى الدستور وهو أمر يتعين أن تنظر فيه المحكمة بغاية الحذر[٣] ، وقد ذهب أحد المعلقين[٤] على أحكام المحكمة العليا بأن المحكمة قد وضعت حجر الأساس للرقابة القضائية على الانحراف فى التشريع ومخالفة روح الدستور ، حيث ذهبت المحكمة الى أن الأصل في سلطة التشريع فى موضوع تنظيم الحقوق أن تكون سلطته تقديرية ما لم يقيدها الدستور بقيود محددة ولما كان الدستور لم يعرض لأسباب كسب

---

(١) تقرير مفوضى الدولة فى الدعوى رقم ٨ لسنة ١ ق عليا - المرجع السابق - ص ٣١١ - ٣٥٩.

(٢) حكم المحكمة العليا ٦ مايو ١٩٧٢ - القضية رقم ٨ لسنة ١ ق عليا - مجموعة ياقوت العشماوى - ص ٩٨ .

(٣) تقرير مفوضى الدولة فى الطلب رقم ٤ لسنة ٢ ق عليا - مجموعة ياقوت العشماوى - ص٤٢٥ ، ومما هو جدير بالذكر أن التقرير اعتبر ان الميثاق أعلى من الدستور مرتبة .

(٤) تعليق المستشار محمد أحمد عطا الله بمجلة ادارة قضايا الحكومة - العدد الرابع - السنة ١٥ لسنة ١٩٧١ بعنوان رقابة المحكمة الدستورية العليا - القوانين السابقة على دستور ٦٤ ، تعليق على الحكم الصادر فى ٦ مارس ١٩٧١ فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١ ق .

الملكية ومنها حق الشفعة ولم يقيد سلطة المشرع فى تحديدها وتنظيمها اكتفاء بتعيين حد أقصى للملكية الزراعية يحول دون قيام الاقطاع فمن ثم تكون سلطته فى هذا الصدد سلطة تقديرية فى نطاق الحد الأقصى المشار اليه وبعد أن سرد المعلق هذه الجزئية من حكم المحكمة العليا انتهى الى أن معنى هذا أن المحكمة العليا اعتبرت المنطقة التى تجاوز السلطة المحددة للتشريع منطقة سلطة تقديرية تتعلق بالقانون ولم تعتبرها منطقة حرية للسلطة التشريعية أدخل فى السياسة منها فى القانون والأولى تخضع للرقابة القضائية أما الثانية فعلاج الانحراف فيها بالطريق السياسى .

وأننا لا نجد أخذا من المحكمة من قريب أو بعيد بأى فكرة عن الانحراف التشريعى فكل ما قررته المحكمة هو وجود سلطة تقديرية للمشرع ولم تقرر المحكمة جواز رقابة هذه السلطة التقديرية بل أن مقتضى حكمها اطلاق هذه السلطة التقديرية من شتى صور الرقابة ولا يجوزالتعويل على وصف منطقة التقدير التى للمشرع بأنها سلطة ، لأن فى نطاق القانون العام ليست هناك ثمة مدلولات للحرية التى تعطى للسلطات المختلفة ومنها السلطة التشريعية وان الحرية فى القيام بالتصرفات القانونية فى نطاق القانون العام هى ما تسمى بالسلطة التقديرية وعليه فلا علاقة بما جاء فى الحكم من الاعتراف بالسلطة التقديرية للمشرع وبين وضع حجر الأساس لرقابة الانحراف التشريعى ووضع حجر الأساس للرقابة على الانحراف التشريعى يكون باستنتاج ذلك من منهج المحكمة فى البحث والذى يظهر فى أسباب حكمها .

أن أول تقرير ناقش فكرة الانحراف وفقا لمفهومها الصحيح هو التقرير المقدم من هيئة المفوضين لدى المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية

رقم ٢ لسنة ٣ ق ، وقد ورد بعريضة الطعن فى هذا القانون (القانون ٦٢٢ لسنة ٥٥) أن القانون المطعون فيه قد صدر مشوبا بعيب الانحراف، فلم يهدف الى الصالح العام ، وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه مع عدم الاخلال بالأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة وبالأحكام والقرارات النهائية الصادرة من المحاكم الادارية واللجان القضائية يعتبر ملغاة من وقت صدور قرار وزير التربية والتعليم الصادر فى ١٩٥٠/١/١٨ معادلة الشهادة التى تمنحها مصلحة المساحة لخريجى مدرستها بشهادة الفنون والصنايع نظام حديث ونصت المادة الثانية أنه على وزير التربية والتعليم تنفيذ هذا القانون ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية ، وقد ذهب الطاعن الى أن الدافع لاصدار هذا القانون هو الانتقام والكيد لخريجى مدرسة المساحة نظرا لأن السيد وزير الاشغال العمومية فى ذلك الوقت كان عدوا لدودا لخريجى هذه المدرسة وأن اللجنة التى كانت سندا لاصدار القانون كان يرأسها أحد أعداء رابطة المهندسين المساحيين وذهب التقرير الى أنه لم يقم دليل من الأوراق على قيام عداوة بين وزير الأشغال وقتذاك وبين خريجى مدرسة المساحة أو اضطهاد الوزير لهذه الطائفة مما يدفعه الى الكيد والانتقام كما يزعم المدعى ، فضلا عن أن الوزير المذكور لم يكن هو مقدم المشروع الذى صدر به القانون المطعون فيه بل صدر هذا القانون على ما يبين بمذكرته الايضاحية بناء على اقتراح وزير التربية والتعليم وانه وان كانت اللجنة التى بحثت هذا الموضوع قد استندت دراستها الى المهندس أحمد صالح سلامه مدير عام مصلحة المساحة وكان الثابت من الأوراق أن هناك تحقيقا اداريا سبق أن أجرته النيابة الادارية عن شكوى مقدمة من خريجى مدرسة المساحة ضد المهندس المذكور نسبوا فيها

اليه اضطهاده لهم وتحريض بعض الطوائف الأخرى عليهم إلا أن هذا التحقيق قد انتهى إلى عدم ثبوت اتهامه بالاضطهاد وان كان قد ثبتت مسئوليته عن بعض الوقائع الأخرى فضلا عن أن المهندس المذكور لم ينفرد وحده ببحث اعادة تقرير القيمة الثقافية لشهادة مدرسة المساحة بل شاركه فى ذلك عضوان آخران كما يتضح من تقرير اللجنة المذكورة أن هذا التقرير لم يظهر منه دليل ولا قرينة على انحراف اللجنة فى عملها أو انسياقها بدوافع شخصية لا تمت للصالح العام كما يزعم المدعى ، بل الثابت من التقرير أن اللجنة قامت بدراسة جادة ومفصلة لتقدير القيمة الثقافية لشهادة مدرسة المساحة ومدى تعادلها بشهادة مدرسة الفنون والصنايع واذ لم يقم دليل من الأوراق على أن القانون المطعون فيه قد شابه عيب الانحراف منظورا الى الهيئة التشريعية التى اقرته وأصدرته ، فضلا عن عدم ثبوت هذا العيب لدى الجهات التى مهدت له وشاركت فى أعماله التحضيرية ومن ثم يكون النعى على هذا القانون بالانحراف منهارا لا أساس خليقا بالرفض .

وهذا التقرير واضح فى طريقته الصحيحة فى بحث الانحراف التشريعى فالطاعن فى القانون لم يشر الى انحراف الهيئة التشريعية التى أصدرته بل نعى على واضعى المشروع قبل موافقة الهيئة التشريعية عليه بالانحراف وقدم أسبابا لطعنه هذا ولم يكتف تقرير هيئة المفوضين بالبحث فى نية مصدر التشريع بل قام بالبحث فى نية من قدموا هذا التشريع للسلطة التشريعية وهذا مسلك صحيح منه فلابد حتى يكون القانون معيبا بالانحراف أن يثبت هذا الانحراف لدى الشخص أو الأشخاص الذين اقترحوا القانون لأن غاياتهم غير المشروعة فى كثير من الحالات قد لا

يعلمها البرلمان خاصة أن مقترحي المشروع بقانون يغلفون مشروعهم بستار من الحجج والأسانيد عن الحاجة لمثل هذا المشروع فالتقرير وصل في البحث عن الانحراف الى أقصى درجاته مؤكدا بطريقة بحثه هذه أنه إذا كان القانون في أي من مراحله السابقة على اصداره قد شاب واضعيه ما يجعل غاياتهم تتنافى والصالح العام كان القانون بعد اصداره معيبا بهذا العيب كما أظهر التقرير أنه يجب أن ترد المحكمة دائما على الدفع المبدى بوجود انحراف تشريعي بالقانون فالتقرير استعرض في ثلاث صفحات كيفية توصل اللجنة الى تقييم المؤهل كما أنه بحث بدقة في الغايات الشخصية التى قد تكون مسيطرة على عمل اللجنة أو صحة ما نسب الى السيد وزير الأشغال من محاولة الكيد لحملة هذا المؤهل وهو بحث رائع في كيفية تمحيص أدلة الانحراف ويعتبر نموذجا للبحث الدستوري عن الانحراف التشريعي وقد ذهبت المحكمة العليا[١]، عند بحثها لدستورية هذا القانون الى أن ولاية المحكمة لا تمتد الى مناقشة ملائمة التشريع أو البواعث التى حملت السلطة التشريعية على اقراره لأن ذلك كله يدخل في صميم السلطة التشريعية وتقديرها المطلق ولكن المحكمة ذهبت الى أن ما ذهب اليه المدعي من أن القانون المطعون فيه لم يستهدف الصالح العام وانما صدر بقصد الانتقام والكيد لخريجي مدرسة المساحة فهو مردود بأن اللجنة التى شكلت قبيل صدور القانون لبحث التعادل بين شهادة مدرسة المساحة وشهادة الفنون والصنايع وانتهت الى أن قرار اللجنة التى شكلت سنة ١٩٤٩ لتقدير شهادة مدرسة المساحة من الناحيتين الثقافية والمادية قد بني

(١) حكم المحكمة العليا - جلسة ٧ يونيو ١٩٧٢ في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ٣ ق عليا دستورية - مجموعة أحكام المحكمة جـ١ - ص ٣٢٦ .

على أساس المشاهدة العملية ولم يبن على أساس المقارنة بين المدرستين من نواحى البرامج وخطط الدراسة ونظمها ومددها ومسوغات الالتحاق بها ومؤهلات مدرسيها فى حين أنه قد بان من البحث أوجه المقارنة بين المدرستين لاختلاف البين بينهما من كافة النواحى كما أن قرار وزير التربية والتعليم قد بنى على أساس أن مدة الدراسة بالمدرسة تتراوح فى جملتها بين ثلاث سنوات وأربع سنوات تعقبها مدة تمرين أقلها سنة مع أنه لم يحدث فى تاريخ المدرسة أنه زادت مدة الدراسة بها على سنة واحدة بل كانت تتراوح بين ثلاثة شهور وبين سنه ولم يعقبها سنة تمرين أصلا وقد خلصت اللجنة إلى أن قرار وزير التربية والتعليم الصادر فى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٠ بمعادلة شهادة مدرسة المساحة بشهادة الفنون والصنايع (نظام حديث) قد قام على وقائع ثبت فيما بعد على وجه قاطع عدم صحتها ومجافاتها للحقائق الثابة فانتفت بذلك الأسباب التى قام عليها التعادل وقد بنى الشارع نتائج بحثه هذه اللجنة كما يبين من المذكرة الايضاحية للقانون المطعون فيه ومن ثم يكون النعى على هذا القانون لعيب الانحراف لا يقوم على أساس سليم .

من هذا القضاء يبين أن المحكمة العليا قد وضعت حجر الأساس لرقابة الانحراف التشريعى فمع ما قد يبدو لأول وهلة من تناقض بين ما ذهبت اليه المحكمة من أن ولايتها لا تمتد إلى مناقشة البواعث التى حملت السلطة التشريعية على اقراره - أى القانون - ثم قيامها بعد ذلك ببحث ما ادعاه الطاعن من وجود أغراض شخصية وراء القانون ، فوفقنا لما سبق وأوضحناه من أن المحكمة العليا عندما اضطرد قضاؤها على عدم مناقشة بواعث التشريع فانها كانت تعنى عدم امتداد رقابتها الى سبب اصدار

القانون بالمعنى المفهوم فى نطاق القرار الادارى ، أى أنها لا تبحث فى وقائع القانون وانها لا تقصد بالبواعث الغاية من القانون فهى فى هذا الحكم لم تبحث ابتداء فى وقائع اصدار القانون ولكنها بحثت بحق صحة الغاية فى القانون وانتهجت المنهج الصحيح فى البحث وهو تمحيص ما قدمه الطاعن من أدلة وقرائن عن انحراف غاية مصدر التشريع ومن هنا كان هذا الحكم واضحا ليس فقط آخذا بالانحراف التشريعى ، كعيب يصيب القانون بل أيضا محددا لمنهج البحث عن وجود هذا الانحراف وهو لا يخرج فى كثير ولا قليل عن منهج البحث فى الانحراف بالحق أو الانحراف بالسلطة الادارية .

وقد سبق وأشرنا الى تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا عن القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨٠ وهو من التقارير التى أخذت صراحة بفكرة الانحراف التشريعى ، ولكن طبقا لنظرية دكتور السنهورى عنه ، ولهذا فان المحكمة الدستورية العليا عندما رفضت تأسيس قضائها فى خصوص عدم دستورية هذا القانون بعيدا عن فكرة الانحراف التشريعى لم يكن هناك تثريب عليها لأن القانون فعلا لم يكن معيبا بالانحراف التشريعى وان كنا نختلف معها فى تأسيس عدم دستورية هذا القانون وفق ما سبق وأوضحنا ، ولهذا فان ما يهمنا هو أن نقرر أنه عند الدفع بوجود انحراف تشريعى فى القانون واقامة الأدلة والقرائن عليه فان المحكمة الدستورية تلتزم قطعا بمناقشة هذه الأدلة والقرائن اما لتستنتج منها وجود انحراف تشريعى أو تنتهى الى عدم وجود هذا الانحراف لعدم اقتناعها بهذه الأدلة. وهو ما قامت به فعلا فى هذه الدعوى ، وهذا البحث من قبل المحكمة هو أمر أساسى ، لأن الدفع بأن غاية القانون غير مشروعة هذا الدفع جوهرى

فى نطاق القانون العام فصدور قانون لغير الصالح العام يجعله فى الواقع صادرا من غير مختص لأن أساس اختصاص البرلمان باصدار قوانين هو فى أن تكون هذه القوانين صادرة للصالح العام ، فاذا لم تكن كذلك فلا أساس لمنح البرلمان هذه السلطة ومن هنا خطورة الدفع بأن القانون لم يصدر للصالح العام ويظل البحث فى صحة هذا الدفع أمرا جوهريا يتعين على المحكمة أن ترد عليه وفى ردها على هذا الدفع يمكنها أن تسلك أحد طريقين الطريق الأول أن تبين المحكمة مدى تحقيق القانون للصالح العام وهو ما يجعلها تقوم بعملية تقييم لهذا الصالح العام أى أنها تقوم بفحص ملاءمة الغرض ومدى تناسبه مع وقائع القانون وهى رقابة الملاءمة التى سبق وأوضحناها والتى بمقتضاها تحل المحكمة محل المشرع فى تحديد مضمون الصالح العام أو أن تقوم المحكمة بتخصيص هدف معين من الأهداف التى منحها الدستور للمشرع لتقيس على مقتضى التخصص صحة الهدف من القانون وفي هذه الحالة أيضا تعرض المحكمة هدفها المخصص على المشرع كقيد موضوعى لا يجوز له أن يتجاوزه وهنا نصل أيضا الى مدى كبير من تدخل المحكمة الدستورية فى عمل السلطة التشريعية فما لم يخصصه الدستور من أهداف لا يجوز للمحكمة أن تخصصه كقاعدة عامة ، وهذا التدخل من قبل المحكمة يدفعه اليها غموض فكرة الصالح العام وعدم إمكان تحديدها ايجابيا أما الطريق الثانى فهو التثبت سلبيا من عدم اتجاه القانون لتحقيق مصالح تتعارض مع فكرة الصالح العام ، ان البحث فى وجود غايات خفية يضمرها مصدر القانون قد تتعارض مع المعنى الواسع لفكرة الصالح العام وهذه الطريقة هى طريقة البحث فى الانحراف التشريعى دونما تدخل فى تحديد ماهية الصالح العام أو فرض صالح عام معين على المشرع أن يتبعه

فهذه الطريقة طريقة البحث والانحراف - هى أسلم الطرق لابعاد نفوذ المحكمة من أن تتدخل فى مجال هو أصلا مجال سلطة تقديرية للمشرع من هنا كان بحث المحكمة فى دفوع المدعى وتمحيصها الطريق السليم لعدم التدخل فى مجال سلطة تقديرية للمشرع لتتثبت بمقتضاها من مدى تحقيق قانونه للصالح العام ومن هنا كانت رقابة الانحراف التشريعى بمعناه الصحيح فى قضاء المحكمة العليا وان لم تفصح عن انها قامت ببحث فى الدافع بالانحراف التشريعى إلا أن منهجها فى البحث أثير صحة ما نقول به.

وفى أحد الدعاوى الدستورية الأخرى[1]، ذهب المدعون الى انهم كانوا يملكون الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية وهى شركة توصية بالأسهم وقد فوجئ المدعون فى ١٩٦١/٧/٢٠ بصدور قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ قاضيا بتأميم هذه الشركة ضمن الشركات والمنشآت التى نص على تأميمها وقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على احتفاظ الشركة بشكلها القانونى ، كما أجازت بقرار من ئيس الجمهورية ادماج أى شركة أو بنك أو منشأة من تلك التى نص عليها القانون فى شركة أو بنك أو منشأة أخرى ، وفى ١٩٦١/٩/٢٤ صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٨٠ لسنة ١٩٦١ بادماج الشركة المملوكة للمدعين فى الشركة العربية المتحدة للملاحة البحرية بيد أن المؤسسة العامة للنقل البحرى وهى المشرفة على الشركات الملاحية قد تجاهلت قرار الادماج وقررت تصفية الشركة الخاصة بالمدعين وقد صدر قرار المؤسسة بالتصفية فى ١٩٦٢/١٢/٢٦ وأقره وزير المواصلات فى ١٩٦٢/١٢/٢٧ وصدر به القرار رقم ٣١٠ لسنة ١٩٦٣ ، ثم تدارك الوزير هذا الأمر باستصدار

(١) الدعوى رقم ١٨ لسنة ١ ق دستورية (ورقم ٥ لسنة ٩ ق عليا) .

قرار رئيس الجمهورية رقم ٢١٢٦ لسنة ١٩٦٣ بالغاء ادماج شركة المدعين فى الشركة المصرية للملاحة البحرية مع احتفاظ كل من الشركتين الدامجة والمندمجة بشكلها القانونى وأوردت المذكرة الايضاحية لهذا القرار أن قرار الادماج لم ينفذ وان الادماج مجرد رخصة رئى العدول عنها لأن خصوم الشركة المندمجة تزيد عن أصولها وكان المدعون قد أقاموا الدعوى رقم ٣٩٤٠ لسنة ١٩٧٥ مدنى مستعجل اسكندرية ضد المدعى عليهم طالبين فرض الحراسة القضائية على الشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية (تحت التصفية) وفى ١٩٧٦/٤/١١ صدر حكم فى هذه الدعوى بفرض الحراسة القضائية على الشركة وتعيين المدعى الأول حارسا عليها وأسست المحكمة المدنية قضائها على أن شركة النزاع قد ألبس تأميمها ثوب الشرعية إلا أنه فى حقيقته كان ضربا من المصادرة التى جرت عليها السلطات مقنعة فى ثوب الشرعية والبادى أن الشركة لم تعمل سواء بشكلها القانونى الذى حفظه لها قانون التأميم أو حتى فى ظل الاندماج ، وانما قد صدر قرار بتصفيتها لم ينفذ ثم قامت المؤسسة بالتصرف فى أهم موجودات الشركة وهى الناقلة نادية بالبيع وان البيع قد تم من المؤسسة دون المصفى المعين ، الأمر الذى يكشف عن أن التصفية هى مجرد إجراء لا يعبر عن واقع وأن هذه التصرفات تكشف بجلاء عن جدية ما ذهب اليه المدعون من أن التأميم لم يكن سوى مصادرة غير مشروعة دون سند من القانون .

وقد أقام المدعون الدعوة الموضوعية رقم ١٤٥٤ لسنة ١٩٧٥ مدنى كلى اسكندرية طالبين فيها الحكم أولا بثبوت ملكيتهم للشركة المصرية المتحدة للملاحة البحرية وتسليمها لهم على أساس أن التأميم لم يتم وأن قرار رئيس الجمهورية رقم ٢١٢٦ لسنة ١٩٦٣ بالغاء الادماج ينطوى على

الغاء التأميم وقد أوقفت المحكمة الدعوى حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع بعدم دستورية القرار بقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ وقد استند المدعون فى دفوعهم حول عدم دستورية هذا القرار بقانون الى عدة دفوع أهمها أنه طبقا للمادة ٣٠ من الدستور فانه لا يجوز التأميم الا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل تعويض واعتبارات الصالح العام فى المساهمة بنشاط الشركة المؤممة فى التنمية الاقتصادية القومية وهذا الشرط فاقد فى خصوص شركة المدعين اذ لم تقم هذه الشركة بأى دور فى المساهمة فى الاقتصاد القومى ولم تدمج فى أية شركة من شركات القطاع العام وعلى هذا فان ادراج اسم شركة المدعين فى الجدول المرفق بالقانون ١١٧ لسنة ١٩٦١ لم يكن لاعتبارات الصالح العام وانما يعدو الأمر سوى مجرد مصادرة غير مشروعة لشركة خاصة وكذلك لم يتم هذا التأميم مقابل تعويض ، فالثابت أنه بدلا من أن يحصل المدعون على تعويض تطالبهم الشركة المصرية للملاحة البحرية برصيد حساب تصفية الشركة وهكذا لا تكتفى الشركة المذكورة بحرمان المدعين من شركتهم على غير سند من الدستور والقانون وانما تطالبهم بهذا المبلغ الجسيم ، واذا كانت المادة ٣٦ من الدستور تحظر المصادرة العامة للأموال ولا تجوز المصادرة الخاصة الا بحكم قضائى فان قرار التأميم وهو فى حقيقته مصادرة لشركتهم يكون باطلا .

تقرير مفوض الدولة وحكم المحكمة الدستورية العليا :

ذهب تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا الى أنه وان كان دستور ١٩٥٨ لم يتضمن نصا بشأن التأميم والمصادرة على غرار ما نصت عليه المادتان ٣٥ ، ٣٦ من الدستور القائم إلا أن المبادئ الدستورية التى

قررتها المادتان ٣٥ ، ٣٦ من الدستور القائم (دستور ١٩٧١) يمكن استخلاصها واستلهامها من أحكام دستور ١٩٥٨ ويؤدى اليها المفهوم الصحيح لنصوصه ، فالتأميم يجب أن يتم مقابل تعويض المالك المال المؤمم أخذا بنظرة الشارع الدستورى الى الملكية الخاصة واحترامها وانه يشترط فى كل الأعمال التشريعية والادارية أن يكون الدافع اليها اعتبارات تستهدف تحقيق الصالح العام وهو شرط مفترض ولازم لصحة كل عمل أو تصرف من أعمال وتصرفات السلطة العامة ودون حاجة الى نص يقرره[١] ، وأنه وبخصوص توافر هذا الشرط فى القرار بقانون المطعون عليه فانه فضلا عن أن تقدير الصالح العام الذى يستهدفه التشريع هو أمر يدخل فى صميم اختصاص السلطة التشريعية وتقديرها المطلق بلا معقب عليها من القضاء الدستورى فان الذى يبدو من تأميم الشركة المذكورة وغيرها بالقرار بقانون محل الطعن ان الشارع كان يهدف الى توسيع قاعدة القطاع العام ، بحيث تدخل فى نطاقه الشركات الخاصة العاملة فى مجال النقل البحرى مما يضمن السيطرة على هذا المرفق الحيوى ويكفل النهوض به دعما للاقتصاد القومى ، وهذا واضح من المذكرة الإيضاحية للقانون ١٠٩ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم النقل البحرى والصادر قبل القرار بقانون المطعون عليه بأيام وعلى هذا فان العبرة فى الحكم على توافر اعتبارات الصالح العام التى يهدف اليها قانون التأميم أو عدم توافرها هى بوقف صدور القانون بصرف النظر عما ينكشف بعد ذلك من احداث ووقائع لاتنال من الهدف الأساس للتأميم ، ولما كان البادى من تأميم الشركة مثار النزاع بالقرار بقانون المطعون عليه هو تحقيق سيطرة القطاع العام على نشاط النقل البحرى

---

(١) تقرير مفوض الدولة فى الدعوى الدستورية رقم ١٨ لسنة ١ ق - ص ١٩٨٧ .

وتوحيد الشركات الملاحية العاملة فيه توحيدا للجهود ومنعا لوسائل التنافس غير الطبيعي فى هذا المجال فانه لا ينال من دستورية تأميم الشركة المذكورة بمقتضى القرار بقانون المشار اليه ما تكشف بعد ذلك من خسران الشركة وعدم جدوى الابقاء عليها بعد أن أممت فعلا وآلت ملكيتها الى الدولة طبقا للقانون وأصبحت هى دون سواها صاحب الحق فى أن تقرر عن طريق أجهزتها المختصة الابقاء على الشركة المذكورة لمزاولة نشاطها كوحدة قائمة بذاتها أو ادماجها فى شركة أخرى أو تصفيتها لعدم جدوى الابقاء عليها وان وجود مخالفات فى القرارات اللاحقة لصدور القرار بقانون المطعون على دستوريته يجعلها قابلة للطعن عليها بأوجه عدم المشروعية المختلفة ولا يدخل الطعن عليها فى اختصاص المحكمة الدستورية وحيث أنه عما ينعاه المدعون فى باقى أوجه الطعن من أن تأميم الشركة مثار النزاع قد تم دون تعويض الأمر الذى ينطوى على مصادرة غير دستورية لهذه الشركة فان هذا النعى مردود بدوره ذلك أن المرجع فى مجال الرقابة الدستورية لبيان ما اذا كان التأميم قد تم بمقابل أو بغير مقابل هو الى نصوص القانون المطعون فيه وما اذا كان هذا القانون قد نص على ايلولة الشركات والمنشآت المؤممة الى الدولة بغير مقابل أم أنه نص على تعويض ذوى الشأن عن حصصهم وانصبتهم فى تلك الشركات والمنشآت وذلك بصرف النظر عما يؤدى إليه تطبيق القانون فى شأن التعويض على حالة الشركة أو المنشأة المؤممة وأيا كانت النتيجة التى ينتهى اليها تطبيق القانون عليها تبعا لحالتها المالية التى تنكشف عن تقييمها وقد نظمت أسس هذا التعويض المادة الثانية من القرار بقانون المطعون عليه فعلا وانتهى التقرير الى رفض الدعوى .

وبجلسة ٥ فبراير قضت المحكمة الدستورية العليا فى هذه الدعوى برفضها وأقامت قضائها على مجمل ما ورد بتقرير هيئة المفوضين[١].

التعليق على تقرير هيئة المفوضين وحكم المحكمة :

أبرز تقرير هيئة المفوضين ومن بعده حكم المحكمة ما سبق وعرضناه حول المبادئ العليا فى الدستور التى يتتبعها القاضى وهو ما تم فعلا سواء من قبل هيئة المفوضين أو المحكمة ذاتها ، حيث استنبطت المبادئ التى نص عليها دستور ١٩٧١ في خصوص التأميم من نصوص دستور ١٩٥٨ وحاكمت القرار بقانون المطعون عليه فى ضوء هذه المبادئ إلا أن التقرير والحكم أيضا لم يتما البحث الى نهايته فالفيصل فى هذه الدعوى هو تكيف القرار بقانون المطعون عليه وهل يعنى التأميم حقا أم أنه فى حقيقة الأمر هو مصادرة دون مقابل لشركة المدعين وعملية التكييف هذه هى اللفظ الشائع للبحث عن الانحراف التشريعى كما سبق وأوضحناه من قبل ، فالمسألة تبدو فى غاية السهولة اذا كان السؤال الذى يمكن للمحكمة أن تقدم الاجابة عليه هل تم هذا التأميم للصالح العام أم لا ؟ فاذا كان الأمر كذلك فهل يدخل فى سلطات المشرع أما اذا كان لا يهدف الى الصالح العام أو بمعنى ادق لا يمكن أن يؤدى فى ظل ظروف اصداره الى صالح عام، فهو فى حقيقة الأمر ليس تأميما ويمكن البحث عما اذا كان يعقبه مصادرة دون مقابل أم لا فنقطة الخلاف بيننا وبين المحكمة هو منهج البحث فبعد أن أبرزت المحكمة أهداف التأميم فى خصوص شركات النقل البحرى لم تواصل البحث فى مدى تحقيق هذه الأهداف فى نصوص القرار بقانون

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا – جلسة ١٩٨٣/٢/٥ – الدعوى رقم ١٨ لسنة ١ ق دستورية – مجموعة أحكام المحكمة – جـ٢ ص ٧٧ .

محل الطعن ، فالمحكمة فصلت بين القانون وإجراءات تنفيذه وهذا الفصل صحيح فى حالة رقابة المحكمة فقط على المخالفة المباشرة للقرار بقانون للدستور أما فى حالة المخالفة غير المباشرة ، فان على المحكمة أن تمحص كافة القرائن والأدلة التى يقدمها المدعون لاثبات ان هذا التأميم ثم يكن للصالح العام فإجراءات تنفيذ القانون تبرز أمام المحكمة صحة اتجاه القانون لتحقيق الصالح العام وهو مالم تقم به المحكمة اكتفاء برقابتها الظاهرية على القرار بقانون فالواضح من الإجراءات التالية على القرار بقانون أن الشركة التى أممت قد أدمجت فى شركة أخرى ثم تم فصلها وتصفيتها وبيع ممتلكاتها وهذا معناه ان التأميم لم يؤد فعلا الى تحقيق توسيع قاعدة القطاع العام بحسبانه ضرورة قومية لتوجيه الاقتصاد القومى توجيها مؤثرا أو مفيدا لخطة التنمية - وهو الهدف الذى استخلصته المحكمة من مقتضى التأميمات التى وقعت فى نطاق النقل البحرى فهذه الإجراءات تفصح بلا أدنى شك ان هذه الشركة لم يستطع القطاع العام الاستفادة منها وهى لم تكن صالحة لهذه الافادة أصلا وهذه الرقابة الظاهرية من قبل المحكمة قد أدت الى نتيجة غريبة وهى أن مؤدى النص على تعويض اصحاب الشركات التى أممت يكفى لدستورية القانون حتى ولو أدى الواقع العملى الى عدم استحقاق أصحاب الشركات المؤممة لمبالغ مالية ، فهذا الفصل من قبل المحكمة بين القانون وواقع تنفيذه أدى إلى هذه النتيجة أى أنه يمكن للدولة أن تؤمم أية منشأة وتنص على قواعد تعويض لاصحابها ثم يتضح فى النهاية أنهم لا يستحقون التعويض لأن منشأتهم مدينة مثلا كما فى الدعوى الدستورية المطروحة هنا فأى تعويض هذا ؟ ولم لم تترك هذه المنشآت لاصحابها لادارتها ورفع ما عليها من

ديون وأى صالح عام يتحقق فى حالة ما اذا تم تأميم منشآت تزيد خصومها على أصولها ؟ ومن هنا ينهار مبدأ أن التأميم يتم مقابل تعويض عادل ففى هذه الدعوى لم يتم تعويض أصحاب الشركة بل مطالبتهم بسداد مديونيات ضخمة لم يعرفوا عنها شئ لانه بمقتضى التأميم تنتقل ملكية المنشأة الى الدولة ، فكيف يتسنى مطالبتهم بديونها ؟

ان البحث عن حقيقة القرار بقانون ، وهل هو تأميم أم مصادرة ، هو الذى من مؤداه أن يظهر من استعراض وقائع وتطورات المنشأة المؤممة ان ما صدر فى خصوصها هو قرار بالمصادرة دون تعويض وليس هذا من التأميم فى شئ والمحكمة الدستورية العليا نفسها ذهبت الى أنها لا تتقيد وهى بصدد أعمال رقابتها على دستورية التشريعات بالوصف الذى يخلعه الشارع على القواعد التى يسنها متى كانت بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف وتنطوى على اهدار حق من الحقوق التى كفلها الدستور وعليه فإذا كان النص التشريعى المطعون عليه لا يقوم على تعديل التعويض المستحق عن التأميم وانما يستهدف مصادرة ملكية السندات المستحقة لأصحاب المشروعات والتى تزيد على الحد الأقصى المنصوص عليه فيه فانه يكون قد تعرض للملكية الخاصة التى صانها الدستور ويتعين الحكم بعدم دستوريته[١] .

هذا القضاء من قبل المحكمة الدستورية العليا هو الذى يسلك المنهج الصحيح فى البحث عن نية المشرع وهدفه الحقيقى من اصدار القرار بقانون

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٨٥/٣/٢ - فى الدعوى رقم ١ لسنة ١ ق دستورية ٢٣ لسنة ٦ ق عليا - الجريدة الرسمية فى ١٩٨٥/٣/٢١ بخصوص الطعن فى القرار بقانون ١٣٤ لسنة ١٩٦٤ .

فاذا برزت النية أو الهدف الحقيقي (أو التكييف الصحيح وفقا لقضاء المحكمة) تعين محاكمته الي الدستور ومعرفة مدي دستوريته أما الوقوف الظاهرى أمام النصوص والنظر اليها دون تمحيص لحقيقة نية المشرع يجعل من الرقابة الدستورية رقابة صورية لن تحقق غرضها فى حماية الدستور إلا فى حالة المخالفة الصريحة المباشرة لنصوصه وهى حالات قليلة ولا تطلب ثمة قضاء متخصص لرقابتها وانما اساس خلق رقابة قضائية مستقلة علي المشرع هو منعه من المخالفة المستترة للدستور تحت ستار أوصاف ومسميات لا تتطابق وحقيقة غرضه من القانون وفى خصوص هذه الدعوى يظهر من وقائع القرار بقانون مدى بعدها عن الصالح العام وان التأميم لم يقع على هذه الشركة الا كقناع لمصادرة املاك المدعين دون تعويض وفق ما ذهبت الى ذلك محكمة الموضوع لذا كان هذا القرار بقانون معيبا بالانحراف لخروجه عن الصالح العام وابتغاء غاية أخرى غير دستورية هى مصادرة شركة المدعين دون مقتضى وما وقائع تنفيذ القانون إلا قرائن وأدلة دامغة على عدم وجود ثمة صالح عام فى تأميم شركة المدعين .

وللدلالة على ارتباط نصوص القانون بواقع تنفيذه عند الكشف عن الانحراف التشريعى نضرب مثلا لذلك فى القانون ٦٥ لسنة ١٩٧٥ بانشاء اتحاد الكتاب[١] ، فالمادة ٢٢ من هذا القانون تنص على ان تختص الجمعية العمومية بانتخاب أعضاء مجلس الاتحاد وعزلهم وتنص المادة ٢٣ على أنه لا يكون انعقاد الجمعية العمومية صحيحا إلا إذا حضره نصف عدد الأعضاء الذين لهم حق الحضور على الأقل ، فاذا لم يتوافر هذا العدد أجل الاجتماع الى جلسة أخري تعقد خلال مدة أقلها ساعة وأقصاها خمسة

(١) الجريدة الرسمية فى ٣١ يوليو ١٩٧٥ - العدد ٣١ .

عشر يوما من تاريخ الاجتماع الأول ويكون انعقادها فى هذه الحالة صحيحا اذا حضره بانفسهم عدد لا يقل عن عشرة فى المائة من الأعضاء أو مائة عضوا أيهما أقل بحيث لا يقل عدد الحاضرين عن خمسة عشر عضوا.

وتنص المادة ٣٠ على أنه لوزير الثقافة أن يطعن فى انتخاب رئيس الاتحاد وأعضاء مجلس الاتحاد وذلك بتقرير يودع قلم كتاب محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ ابلاغه النتيجة ، كما يجوز لمائة عضو على الأقل ممن حضروا الجمعية العمومية الطعن أمام المحكمة المذكورة فى قراراتها أو صحة انعقادها أو فى انتخاب رئيس الا تحاد وأعضاء مجلس الاتحاد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انعقاد الجمعية العمومية وذلك بتقرير مسبب ومصدق على الامضاءات الموقع بها عليه من الجهة المختصة وإلا كان الطعن غير مقبول شكلا .

والناظر لنص المادة ٣٠ يجد أنه واضح الدلالة فى وجوب أن يطعن مائة ممن حضروا الجمعية العمومية فى قراراتها ولكن كيف ؟ نص القانون على أن الطعن يكون بتقرير مسبب ومصدق على الامضاءات الموقع بها عليه من الجهة المختصة أى الشهر العقارى . فالناظر لهذا النص لا يجد فيه غموضا أو ليساً ويبدو فى ظاهرة تنظيمها لحق بعض اعضاء الجمعية العمومية فى الطعن على قراراتها ولكن هل يمكن استعمال هذا الحق من الناحية العملية ؟

ان من غير المتصور أن يذهب مائة من أعضاء الجمعية العمومية

للشهر العقاري ليصدقوا على توقيعاتهم على التقرير الذى يعتزمون تقديمه لمحكمة القضاء الادارى أى أنه من الناحية العملية ، فان هذا النص لن يطبق ولكن ما أوجه الدفوع الدستورية الموجهة لمثل هذا النص ؟

ينص الدستور فى المادة ٥٦ منه على أن انشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطى حق يكفله القانون وتكون لها الشخصية الاعتبارية.

وقد فسرت المحكمة الدستورية العليا مفهوم الديمقراطية الوارد فى هذه المادة[١] ، بأن السيادة الشعبية جوهرها وكفالة الحريات والحقوق العامة هدفها والمشاركة فى ممارسة السلطة وسيلتها وان حرية الرأى والاختيار هى من الحريات والحقوق العامة التى تعد ركيزة لكل صرح ديمقراطى سليم ومؤدى ذلك أن يعطى اعضاء النقابة الحق فى ان يختاروا بأنفسهم وفى حرية قياداتهم النقابية ولا يجوز اهدار هذا الحق بحظره أو تعطيله وتطبيقا لهذه المبادئ انتهت المحكمة الى عدم دستورية المادة الأولى من القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ ببعض الأحكام الخاصة بنقابة المحامين لأنه بنصها على انهاء عضوية نقيب المحامين وأعضاء مجلس النقابة هو اقصاء لهم من مناصبهم النقابية قبل نهاية مدة العضوية من غير طريق هيئة الناخبين الممثلة فى الجمعية العمومية للنقابة فعطل اختيارهم لهم مما يعد اخلالا بمبدأ الحرية النقابية وتعارضا مع الأساس الديمقراطى الذى نصت عليه المادة ٥٦ من الدستور .

هذا المفهوم من الديمقراطية النقابية ينطبق بالتبعية على الاتحادات ومن ثم لا يجوز للمشرع أن يضع من القيود على ارادة الجمعية العمومية

---

(١) حكمها لجلسة ١٩٨٣/٦/١١ - القضية رقم ٤٧ لسنة ٣ ق .

للاتحاد أو النقابة ما يجعله غير قادر على استعمال حقه في حل مجلس الادارة والا غدا النص غير دستورى وعدم الدستورية هذه قد تكون واضحة تماما فى النص التشريعى كما حدث فى القانون ١٢٥ لسنة ١٩٨١ الذى سبق وعلقنا عليه فهذا القانون سلب حق عزل مجلس الادارة من الجمعية العمومية بصورة مباشرة فيما تضمنه من حل مجلس نقابة المحامين وكذلك فعل القانون ٦٥ لسنة ١٩٧٥ ولكن بصورة غير مباشرة فهو قد أعطى لافراد الجمعية العمومية حق الطعن فى قراراتها وحق طلب حل مجلس الادارة واعفاء رئيسه ، كل هذه الحقوق نظريا فقط ولكن عمليا لن يتسنى لهذا النص أن يرى طريقه الى النور لصعوبة ذهاب مائة عضو الى الشهر العقارى للتصديق على امضائهم صعوبة تقرب الى الاستحالة ، فهنا يهدف المشرع بهذا النص الى جعل الطعن أساسا فى يد وزير الثقافة دون الجمعية العمومية مما يخل بمبدأ ديمقراطية ادارة الاتحاد وهذا الاخلال تم بصورة ضمنية مستترة لا تظهر من مجرد قراءة نصوص القانون بل تظهر من استقراء الواقع العملى الذى يجعل تنفيذ هذه المادة امرا بالغ الصعوبة ، من هنا كان الطعن على هذه المادة بأنها معيبة بالانحراف التشريعى اذ يهدف المشرع بها الى سلب الجمعية العمومية من الناحية الواقعية حق ادارة الاتحاد والقرائن على الانحراف لا تتضح فقط من صعوبة اجتماع مائة عضو للتصديق على توقيعاتهم بالشهر العقارى بل وبالنظر الى أن المشرع فى المادة ٢٣ جعل من الممكن انعقاد الجمعية العمومية بنصف عدد الأعضاء فاذا لم يتوافر العدد جعل من الممكن انعقادها بعد ذلك بعشرة فى المائة من الأعضاء أو مائة عضو أيها أقل على ألا يقل عدد الحاضرين عن خمسة عشر عضوا فاستقراء هذه النصوص يجعل من المتصور ان تنعقد

الجمعية العمومية بمائة عضو أو أقل فى حين لا يجوز الطعن على قراراتها أو انتخاب رئيسها وأعضاء الاتحاد الا بمائة عضو مصدق على توقيعاتهم فاذا كانت الجمعية العمومية كلها مكونة من أقل من مائة عضو فلن يتسنى اعمال النص الخاص بالطعن فى قراراتها أبدا لعدم توافر المائة عضو ، هذا اذا تغاضينا عن شرط التصديق على التوقيعات وقرائن الانحراف هذه تتساند فيما بينها لتبرز الهدف الحقيقى من وراء النص على ضرورة التصديق على توقيعات الاعضاء فهنا وقعت المخالفة للنص الدستورى ولكنها مخالفة غير مباشرة وغير صريحة اثبتتها القرائن ومنها واقع تطبيق القانون فما جدوى الطعن بعدم الدستورية اذا كان المشرع من الممكن أن يضع نصوصا دستورية فى ظاهرها ومعطلة للنص الدستورى عند تطبيقها ؟

فالواقع العملى تسانده قرائن أخرى تقوى أو تضعف يمكن أن تقدم للقاضى الدستورى محاولة لاظهار نية وهدف المشرع الحقيقى فاذا اقتنع بوجود هذا الهدف غير الدستورى حق له الحكم بدستورية القانون أو أى مادة منه لانحراف المشرع بسلطته ومن هنا يتلازم الواقع العملى للقانون مع نصوصه فى الدفع بوجود انحراف تشريعى حقا ان هذا التلازم غير مطلوب فى حالة المخالفة المباشرة للنص التشريعى للدستور ففى هذه الحالة تظهر المخالفة من مجرد استقراء نصوص القانون وارجاعها الى نصوص الدستور من ناحية وتفسيرها وفق ما تظهره عبارات النص التشريعى مع فهم المحكمة لعبارات النص الدستورى ومبادئها العليا المستخلصة من نصوص الدستور هنا تكون المخالفة مباشرة لوضوحها ومن ذلك ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا من أنه اذا كانت المادة الثانية من القرار بقانون

رقم ١١٩ لسنة ١٩٦١ اذ نصت على أن قرارات لجان التقويم المشكلة طبقا لأحكام قرارات نهائية وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من أوجه الطعن فى حين أن هذه القرارات ادارية فانها - أى المادة - تكون قد حصنت تلك القرارات من رقابة القضاء وانطوت على مصادرة لحق التقاضى واخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين بما يخالف المادتين ٤٠ ، ٦٨ من الدستور[١] ، فهنا وقعت المخالفة مباشرة وكانت المادة غير دستورية فى محلها اما فى القانون ٦٥ لسنة ١٩٧٥ والمادة ٣٠ منه فان المخالفة لا تظهر من استقرار النصوص بل يلزم تدخل عوامل أخرى لابراز المخالفة ، حقا ان هذه العوامل قد أدت الى وجود عيب فى محل المادة ٣٠ أيضا ولكن بعد ان ابرزت هذا العيب العوامل الخارجية عن نصوص المادة والمتمثلة فى ابراز قرائن وأسانيد لا تستند الى النص المطعون فيه صراحة ولكنها تهدف الى ابراز غاية مصدر التشريع ومحاكمة هذه الغاية بعد اظهارها ، فاذا اقتنع القاضى بأن الهدف الحقيقى لمصدر القانون هو اهدار مبدأ ديمقراطية ادارة الاتحاد كان النص معيبا فى غاية مصدره أى معيبا بالانحراف وظهرت حقيقة محل المادة انها مخالفة للدستور ولكن هذا الظهور لم يتأتى إلا بعد محاكمة نية المشرع وهو ما يجعله معيبا بالانحراف لا معيبا فى محله لأنه حتى يكون كذلك يجب أن يكون العيب ظاهرا دون حاجة الى استنباط نية المشرع ، فعيب الانحراف هنا هو الذى أظهر العيوب الأخرى التي كانت غير ظاهرة أصلا كعيب المحل أو الاختصاص ولكن نظرا لأن عيب الانحراف هو الذى كشف حقيقة التشريع

---

(١) حكمها فى الدعوى رقم ٦٧ لسنة ٦ قضائية دستورية - جلسة ١٩٨٥/٢/١٦ - الجريدة الرسمية فى ١٩٨٥/٣/٧ - العدد ١٠ .

فلا يجوز اهماله ونسبة العيب الى وجه آخر من وجوه الطعن ، لأننا بالبحث فى الانحراف افترضنا سلامة أركان التشريع الأخرى ، فلا يجوز من ثم بعد أن تكشفت لنا غاية مصدر القانون وحاكمنا هذه الغاية التى تؤثر بدون شك علي باقى اركان القانون وتظهره على حقيقته فلا يجوز نسبة عيوب أخرى للقانون غير العيب الذى يصيب تلك الغاية وهو الانحراف التشريعى من هنا نكون قد أوضحنا العلاقة التامة بين نصوص القانون وإجراءات تنفيذه ، تلك العلاقة التى أنكرتها المحكمة الدستورية العليا فى حكمها سالف البيان فالمدعون لم يقصدوا اظهار أوجه البطلان هذه الإجراءات أمام المحكمة الدستورية العليا ولكن قصدوا اقامة القرائن على ان هذه الإجراءات المضطربة توضح أن تأميم شركتهم لم يكن للصالح العام أو محققا لثمة صالح عام فإجراءات تنفيذ القانون مع الأدلة أو القرائن الأخرى تؤدى إلى تكوين عقيدة المحكمة حول مدى تحقيق القانون للصالح العام ، فإجراءات تنفيذ القانون أو واقع تنفيذه دليل كغيره من الأدلة والقرائن التى يدفع بها من يطعن علي القانون بالانحراف التشريعى ، ومن هنا وفي ظل انكار المحكمة الدستورية العليا الافصاح عن امكانية قبولها الدفع بالانحراف أو عدم قبولها ذلك الدفع من الممكن رد هذا القضاء الى حذر المحكمة فى البحث حول دلالة هذه الإجراءات التى تبرز بلا شك عدم وجود ثمة صالح عام من تأميم شركة الطاعنين ومن هنا يظهر أن ظاهر التأميم هو فى حقيقته مصادرة دون مقابل بما يجعل التشريع معيبا بالانحراف التشريعى وفى دعوى أخرى(١) طلب فيها المدعون الحكم بعدم دستورية الفقرة الثانية من البند د من المادة ٢٢ من القانون ٩٣ لسنة ١٩٨٠ ،

---

(١) الدعوى رقم ١١٤ لسنة ٥ ق دستورية .

المعدل لأحكام القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن التأمين الاجتماعى ، وذكر المدعيان انهما كانا يعملان باحدى شركات القطاع العام ومنذ عام ١٩٧٦ اعتبرت حوافز الانتاج التى تصرف لهما جزءا من الأجر الذى يحسب على أساسه اشتراكهما فى التأمينات الاجتماعية وتم سداد اشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة على هذه الحوافز ، وفى ١٩٨٠/٢/٢٨ قدما استقالتهما من العمل وتم تسوية المعاش المستحق لكل منهما على أساس متوسط مجموع الأجر والحوافز وصرف كل منهما معاشه على هذا الأساس اعتبار من أول فبراير سنة ١٩٨٠ ، وفى ١٩٨٠/٥/٣ صدر ونشر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ بتعديل بعض أحكام القانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ متضمنا تعديل طريقة تسوية المعاش بحيث يسوى على أساس الأجر على حدة ، ثم على أساس الحوافز على حدة، وارتد هذا التعديل ليعمل به من أول يناير سنة ١٩٨٠ دون المساس بالحقوق المكتسبة لمن انتهت خدمتهم ببلوغ سن التقاعد أو العجز أو الوفاة، وقد قصد بذلك أشخاصا بذواتهم ، وهم من انتهت خدمتهم بالاستقالة المساماة تأمينا بالمعاش المبكر أو المخفض وقد أثر هذا بمعاش المدعيان ، وامام المحكمة الدستورية العليا - بعد احالة الدعوى اليهما من المحكمة المختصة - ذهب المدعيان الى أن الأثر الرجعى الذى تضمنه القانون لم يكن لتحقيق الصالح العام وقصد به من انهيت خدمتهم بسبب الاستقالة وهو ما يؤدى بالضرورة الى الاخلال بمبدأ المساواة بين الأفراد حيث فرق القانون بين جميع من انتهت خدمتهم بأى سبب من أسباب انتهاء الخدمة سواء بالاستقالة أم ببلوغ السن أم العجز أو الوفاة ، هؤلاء جميعا يجب أن يتساووا فى الحقوق طالما أنهم أدوا جميعا واجبات متساوية وتماثلت

ظروفهم ومراكزهم القانونية فلا يجوز معاملة من استقالوا فقط معاملة خاصة .

وبعد ان استعرض تقرير هيئة المفوضين نظرية دكتور السنهورى حول الانحراف التشريعي وانتهى الى وجوب السير بحذر وأناة شديدين بالنسبة لهذا العيب كوجه من أوجه الطعن[١] بعدم دستورية القوانين ، ولقد انتهى التقرير الى ان النص المطعون عليه لا يندرج ضمن التطبيقات الأربعة التى ساقها دكتور السنهورى كحالات للانحراف التشريعي وانتهى التقرير الى رفض الدعوى لأن النص المطعون عليه كان يستهدف مصلحة عامة فعلا وانه لم يخل بمبدأ المساواة وقد انتهت المحكمة الدستورية العليا لذات النتيجة عند نظرها للدعوى[٢] وذهبت المحكمة الى ان النص المطعون عليه كان محققا للصالح العام فعلا حيث كان غرض المشرع تجنب استغلال طائفة ممن انتهت خدمتهم بعد احالة مشروع القانون الى مجلس الشعب للوضع السابق الذى قصد هذا المشروع تلافيه حماية لصناديق التأمين ، كما أن القانون لم يخل بمبدأ المساواة لاختلاف المركز القانونى لمن انتهت خدمتهم بالانتقال عن اولئك الذين انتهت خدمتهم بالاستقالة عن أولئك الذين انتهت خدمتهم للعجز أو الوفاة أو بلوغ سن التقاعد بما يجعله القانون غير مخالف لنص دستورى .

والذى نود ابرازه من هذا الحكم أن المحكمة فحصت مدى تحقق الأثر الرجعي للصالح العام وبعد أن استبان لها نية وهدف المشرع من النص على

---

(١) انظر تقرير هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا - ص ٤٦ وما بعدها .

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ٦ أبريل سنة ١٩٨٥ - فى الدعوى رقم ١١٤ لسنة ٥ ق دستورية .

هذا الأثر الرجعى قضت بأن الأثر الرجعى كان للصالح العام دون غيره . بل أن المحكمة فى حقيقة الأمر وازنت بين المصالح العامة فى تدرجها بين مصلحة صناديق التأمين ومصلحة من استقالوا قبل صدور القانون وفضلت مصلحة صناديق التأمين ، وتفصيل ذلك أن الأثر الرجعى للقانون قد قصد فعلا وفق ما اعترفت بذلك السيدة وزير التأمينات بمجلس الشعب وردده حكم المحكمة الدستورية العليا ، هؤلاء الذين حاولوا استغلال الفترة من ارسال القانون لمجلس الشعب واقرار القانون فعلا ففوت الأثر الرجعى عليهم غرضهم - هذا القصد الواضح - قضت المحكمة بأنه يتفق مع الصالح العام وان كان يضر بمصلحة طائفة من المؤمن عليهم فهى فاضلت بين المصالح المختلفة ورأت فى أولئك الذين استقالوا خلال المدة من ارسال القانون لمجلس الشعب واقراره قد تحايلوا للاستفادة من وضع خاطئ ولا يجوز من ثم تحقيق اغراضهم هذه ، فالمحكمة سلكت سبيل البحث فى الانحراف التشريعى حيث استنبطت الغرض من الأثر الرجعى وأرجعت هذا الغرض الى الصالح العام كغرض واجب لكل تشريع وانتهت الى أن هذا الغرض الذى استخلصته لا يتعارض مع الصالح العام وتأكد لنا أن المحكمة تبحث فى توافر أو عدم توافر الصالح العام من الناحية السلبية أى باستقرار ارادة ونية واضع القانون واستنباطها ومعرفة مدى تعارضها أو اتفاقها مع الصالح العام .

وأخيرا فى احدى الدعاوى الدستورية[١] ، طعن أحد الأفراد فى دستورية بعض القرارات بقوانين والقوانين والقرارات الصادرة باستثناء بعض الفئات من شرط المجموع عند الالتحاق بالجامعة لاهدار هذه النصوص

---

(١) الدعوى رقم ١٠٦ لسنة ٦ ق دستورية عليا .

لمبدأ المساواة ولقد اهتم تقرير هيئة المفوضين اهتماما كبيرا بمحاولة وضع مفهوم لمبدأ المساواة ، فذهب الى ان المساواة هى المبدأ الذى يحول بين كل السلطات وبين محاولة اقامة أى تفرقة تتخذ الصفات الشخصية أساسا لها[١] وبعد تحليل التقرير لقضاء المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا لمفهوم المساواة ذهب إلى أن الربط والتلازم بين المساواة وتحقيق العمومية والتجريد فى التشريعات فى غير محله فانحسار العمومية والتجريد عن النص لا يفقده الاتساق مع فكرة المساواة فحسب بل أن مثل ذلك الانحسار يفقده طبيعته كتشريع[٢] فضلا عن أن الاكتفاء بتوافر شرطى العمومية والتجريد يجعل كل تشريع يصدر متصفا بالعمومية والتجريد سيكون محققا للمساواة وبطريقة تلقائية دون أدنى عناء فى البحث والتمحيص[٣].

وقد انتهى التقرير فى خصوص فكرة المساواة الى أن هناك ست قواعد للمساواة مجمع عليها فقها وقضاء :

١- مبدأ المساواة لا يعنى ابرامها بالنسبه لجميع الأفراد .

٢- بل يعنى المساواة بين من تتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية .

٣- اما كيف تتحدد هذه الظروف وتلك المراكز فمن خلال شروط .

٤- وتلك الشروط لا يصفها غير المشرع ويضعها بسلطته التقديرية.

---

(١) ص ٥٦ من تقرير هيئة المفوضين نقلا عن فيليب برو - فكرة الحريات العامة فى القانون الفرنسى - باريس ١٩٦٨ - ص ٢١٦ .

(٢) ص ٩٦ من التقرير .

(٣) تقرير الهيئة - ص ١٢١ .

٥- وما مدى تلك السلطة التقديرية فهى فى حدود الصالح العام ومقتضياته .

٦- والنتيجة الختامية لذلك أن يكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون سواهم ممارسة تلك الحقوق[١] .

وقد ابرز التقرير مسألة هامة جدا فى خصوص بحثنا ألا وهى سلطة القاضى الدستورى ازاء سلطة المشرع التقديرية فقد ذهب التقرير الى أنه فى مجال السلطة التقديرية يكون على القاضى الدستورى أن يتفحص ثلاثة أمور ، النص الدستورى والنص التشريعى واعتبارات الصالح العام ، فالقاضى يتفحص ما اذا كان اختيار المشرع هو الأجدر والأنفع أى أنه هو الأكثر تحقيقا للصالح العام .

ولاضفاء طابع الموضوعية على هذا البحث من قبل القاضى الدستورى فان المعيار الذى يستعمله القاضى الدستورى ليتمكن من تطبيق فكرة الصالح العام تطبيقا موضوعيا هو تخصيص الاهداف ، فتطبيق فكرة الصالحالعام في النطاق الدستورى تحدث عدنما يتفحص القاضى الدستورى الشروط الموضوعية فلو أنها اتفقت مع اهداف المرفق فهي ولا شك موضوعية بل هى موضوعية فى أعلى درجاتها فمثلا لو أن المشرع وهو يضع شروط القبول فى الجامعات التزم نص الدستور وكذلك نص المادة الأولى من قانون تنظيم الجامعات وهو القانون العام بالنسبة للتشريع المحدد لشروط القبول لو أنه التزم أهداف الجامعة كما أوضحها هذين النصين

---

(١) ص ١١٠ من تقرير هيئة المفوضين .

لجاءت شروط القبول موضوعية تماما ولبرء تشريعه من أية مثالب[١]، وانتهى التقرير الى تعريف المساواة بأنها مبدأ من المبادئ الدستورية العليا بحكم علاقة الأشخاص القانونية بأجهزة الدولة وما يتبعها من مؤسسات ومنشآت ،كما ينظم الحقوق والواجبات العامة كى يتساوى المواطنون أمام القانون فهو يوجب توحيد معالجة الأوضاع المتماثلة بفرض عدم التمييز بين الأفراد متى تماثلت مراكزهم القانونية ، وعند الاقتضاء تبعا لاعتبارات الصالح العام وفى نطاق سلطة المشرع المحددة كما رسمتها مواد الدستور يضع المشرع شروطا موضوعية تحدد المراكز القانونية للأفراد ويكون لمن توافرت فيهم هذه الشروط دون سواهم ممارسة هذه الحقوق ، والقيام بتلك الأعباء العامة[٢].

وتطبيقا لفكرة موضوعية الصالح العام انتهى التقرير الى عدم دستورية جميع النصوص التى جعلت الأساس الشخصى سببا للاستثناء من شروط القبول فى الجامعة وانتهى الى بقاء استثناء أحد هو استثناء أبناء المناطق النائية حيث ارتأى التقرير ان هذا الاستثناء قائم على اعتبارات موضوعية تتصل بالحالة الاقتصادية لهذه المناطق والنقص الواضح فى كوادرها الفنية وهذا الاستثناء يؤدى إلى نشر التعليم فى هذه المناطق مما يحقق هدف الجامعات مما يجعله نصا دستوريا[٣].

وعند نظر هذه الدعوى قضت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها بعدم دستورية سائر النصوص التى تؤدى الى استثناء بعض الأفراد من

---

(١) ص ١٤٤ الى ص ١٤٩ من تقرير هيئة المفوضين .

(٢) تقرير الهيئة - ص ١٦٢ .

(٣) تقرير الهيئة - ص ٢٠٦ .

شروط القبول بالجامعة[1]، وأقامت المحكمة قضائها على أن المادة ١٨ من الدستور تنص على أن التعليم حق تكفله الدولة وهو الزامى فى المرحلة الابتدائية وتعمل الدولة على مد الالزام الى مراحل أخرى وتشرف على التعليم كله وتكفل استقلال الجامعات ومراكز البحث العلمى وذلك كله بما يحقق الربط بينه وبين حاجات المجتمع والانتاج . والحق فى التعليم فحواه ان يكون لكل مواطن الحق فى أن يتلقى قدرا من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته ولما كان التعليم العالى بجميع كلياته ومعاهده يشكل الركيزة الرئيسية لتزويد المجتمع بالمتخصصين والفنيين والخبراء ، فيتعين أن يرتبط فى أهدافه وأسس تنظيمه بحاجات هذا المجتمع ولما كانت الفرص التى تلتزم الدولة بأن تتيحها للراغبين فى الالتحاق بالتعليم العالى مقيدة بامكانياتها الفعلية التى تقصر عن استيعابهم جميعا فى كلياته ومعاهده فان السبيل الى لرفض تزاحمهم على هذه الفرص المحدودة ولا يتأتى الا بتحديد مستحقيها وترتيبهم فيما بينهم وفق شروط موضوعية ترتد فى أساسها الى طبيعة هذا التعليم وأهدافه ويتحقق لها ومن خلالها التكافؤ فى الفرص والمساواة لدى القانون بما يتولد عن تلك الشروط فى ذاتها من مراكز قانونية متماثلة تكشف عن وجه الاحقية والتفضيل بين المتزاحمين فى الانتفاع بهذه الفرص بحيث اذا استقر لأى منهم الحق فى الالتحاق باحدى الكليات أو المعاهد العالية وفق هذه الشروط فلا يحق أن يفضل عليه من لم تتوافر فيه تلك الشروط وإلا كان ذلك مساسا بحق قرره الدستور واذ يتبين من النصوص التشريعية المطعون عليها ان المعاملة

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٩٨٥/٦/٢٩ - القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ ق دستورية .

الاستثنائية التى خصت بها فئات من الحاصلين على شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها لقبولهم بالتعليم العالى دون التقيد بمجموع درجاتهم فى هذه الشهادة انما ترتكز واقعا على أسس منبتة الصلة بطبيعة هذا التعليم واهدافه ومتطلباته الدراسة فيه مما يجعلها تتعارض مع طبيعة التعليم العالى وأهدافه وينطوى على المساس بحق المتقدمين فى درجات النجاح فى هذا التعليم والاخلال بمبدأ أى تكافؤ الفرص والمساواة لدى القانون مما يشكل مخالفة للدستور ويتعين الحكم بعدم دستوريتها .

واذا كان لنا أن نحلل هذا الحكم ونعلق عليه وعلى تقرير هيئة مفوضى المحكمة ، فاننا نلاحظ أن الحكم فى حقيقة الأمر قد جعل المخالفة المنسوبة للنصوص المتضمنة للاستثناءات هى مخالفة تقع فى محل هذه النصوص ذلك أن المحكمة جعلت مما نصت عليه المادة ١٨ من الدستور من أن الدولة تكفل التعليم وتكفل استقلال الجامعات بما يحقق الربط بينه وبين حاجات المجتمع والانتاج ، فيتعين أن يرتبط فى أهداف وأسس تنظيمه بحاجات هذا المجتمع وانتاجه ويجب بالتالى تحديد المستحقين للتعليم الجامعى وفقا لشروط موضوعية ترتد فى أساسها الى طبيعة هذا التعليم واهدافه ومتطلباته الدراسة فيه والناظر لهذا القول من المحكمة لا يجد ثمة علاقة بين سلطة المشرع التقديرية فى تنظيم التعليم وهى السلطة التى اعطاه اياها الدستور - دون ثمة قيود موضوعية واضحة - وبين متطلبات الدراسة فى الجامعة فالدستور أعطى المشرع سلطة تقديرية فى جعل التعليم الجامعى يرتبط فى أسس تنظيمه بحاجات المجتمع فكيف يتسنى للمحكمة أن تضع شرطا لممارسته هذه السلطة التقديرية ، لم ينص عليه المشرع

الدستورى صراحة ؟ وبمعنى آخر كيف يتسنى للمحكمة أن تقلب سلطة تقديرية بطبيعتها الى سلطة مقيدة ؟

فالمحكمة ذهبت إلى أنه اذا كانت الدولة مسئولة عن كفالة التعليم وكانت الفرص التى تلتزم بأن تمنحها للراغبين فى الالتحاق بالتعليم العالى مقيدة بامكانياتها الفعلية التى قد تقصر عن استيعابهم جميعا فان السبيل الى فض تزاحمهم وفق شروط موضوعية ترتد الى طبيعة التعليم وأهدافه اليس فى هذا الذى ذهبت اليه المحكمة بحثا فى كيفية تطبيق نصوص الاستثناءات ، أى بحثا فى إجراءات تنفيذ بعض القوانين التى سبق وأنكرت اختصاصها ببحث هذه الإجراءات ؟ فالمحكمة استنبطت من المادة ١٨ من الدستور سالفة البيان ان التعليم يرتبط بحاجات المجتمع وهذا صحيح والأصل أن يكون تحديد هذه الحاجات مسئولية المشرع التقديرية إلا أن المحكمة تزلت الى إجراءات تنفيذ قوانين وقرارات الاستثناءات ورأت أنها تتضمن أسسا منبتة الصلة بطبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه ولا ندرى من أين جعلت من طبيعة التعليم وأهدافه ومتطلباته الدراسة شروطا مقيدة لسلطة المشرع التقديرية وهى أسس لم يشر اليها الدستور من قريب أو بعيد ، ولقد كان منطقيا بعد ذلك أن تبقى على استثناء أبناء البلاد النائية لأن هذا الاستثناء مرتبط تماما بالغرض من كافة التعليم الجامعى نظرا للأهداف الموضوعية التى يحققها ولكن المحكمة لم تبق عليه ومن هنا يظهر عدم وجود علاقة بين تخصيص أهداف التعليم من قبل المحكمة وهى التى تركها المشرع بلا تخصيص وبين دستورية هذه النصوص . فالأصل فى البحث فى خصوص هذه الدعوى هو البحث عن توافر أو عدم توافر فكرة المساواة فى هذه النصوص ، وهو البحث الذى قام

به مفوض الدولة بحق وانتهى الى أن فكرة تخصيص الأهداف هى فكرة موضوعية يمكن أن تؤخذ كأساس لقياس مدى تحقيق التفرقة بين المتماثلين فى المراكز القانونية للمساواة فعلا فالتقرير رأى بحق أن فكرة المساواة لا تمنع المشرع من أن يفرق بين المتماثلين فى المراكز القانونية لأسباب موضوعية وأكثر الأسباب موضوعية هي فكرة تخصيص الأهداف - وفقا لرأيه - فالتقرير جعل من تخصيص الأهداف جزءا لا يتجزأ من بحثه الأساسى عن فكرة المساواة ، ومدى توافرها فى الدعوى ولكن لما لم تنهج المحكمة هذا المنهج فى البحث ؟

ان الاجابة على هذا التساؤل يكمن فيما استقرت عليه المحكمة من تعريفات فكرة المساواة وهى التعريفات التى سبق وابرزنا فسادها فى بعض الأقضية التى عرضناها من قبل فالمحكمة العليا ومن بعدها المحكمة الدستورية العليا اتخذت من مبادئ سطحية أساسا لفكرة المساواة فكثيرا ما انتهت كلتا المحكمتين إلى أن المساواة المقصود بها عدم التمييز بين افراد الطائفة الواحدة اذا تماثلت مراكزهم القانونية[1]، فاذا ربطنا بين هذا المبدأ ومبدأ آخر اعتنقته كلا المحكمتين وهو ان المساواة تتحقق بتوافر شرطى العمومية والتجريد فى التشريعات المنظمة للحقوق[2]، كان لنا أن نتصور أنه لن يكون هناك نص يخل بمبدأ المساواة فكما ذهب التقرير بحق الى أن مقتضى تطلب العمومية والتجريد للقول بالمساواة أن لا توجد

---

(١) انظر حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ١١ لسنة ١ ق ، جلسة ١٩٧٢/٤/١ ، والدعوى رقم ٧ لسنة ٢ ق - جلسة ١٩٧٥/٣/١ .

(٢) وانظر حكم المحكمة العليا فى الدعوى رقم ١ لسنة ٣ ق عليا - جلسة ١٩٧٣/١١/٣ ، والحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢ لسنة ٣ ق عليا - جلسة ١٩٧٥/٦/٧ ، وانظر حكم المحكمة الدستورية العليا - جلسة ١٦ مايو ١٩٨٢ - القضية ١٠ لسنة ١ ق دستورية .

نصوص مخالفة لهذا المبدأ كما ان توافر العمومية والتجريد سيجعل طائفة ما تختلف فى مراكزها القانونية بالطبع عن طائفة أخرى ومن هنا ندرك لماذا لم تطبق المحكمة الدستورية العليا مقتضى ومفهوم المساواة على أى دعوى من الدعاوى التى طرحت أمامها ومن هنا نفهم أن البحث فى فكرة المساواة فى خصوص نصوص الاستثناءات لم تتطرق اليها المحكمة وذلك خشية أن تخرج عن قضائها السابق وتفتح بابا للطعن فيما سبق ورفضته المحكمة ، من هنا ابتدعت المحكمة ذلك الربط بين النص التقديرى بكفالة التعليم وما جعلته مقيدا بذات النص التقديرى وهو تخصيص الأهداف ، ويتأكد ذلك اذا عرفنا أن النصوص المطعون فى دستوريتها تتوافر فيها جميعا شروط المساواة كما درجت عليها المحكمة الدستورية من قبل فهى جميعا تتضمن قاعدة عامة مجردة كما أنها جعلت المخاطبين بها لهم مراكز قانونية لا تتماثل مع المراكز القانونية الأخرى لغير المخاطبين بها .

أن أساس البحث فى هذه الدعوى هو بحث حول مفهومالاستثناءات وهل تتضمن خرقا لقاعدة المساواة أم لا ؟

ومبدأ المساواة لا يمكن وضع تعريف محدد له يمكن اتباعه فى سائر حالات بحث عدم دستورية نص من النصوص لمخالفته لذلك المبدأ ولكن هذا المبدأ تقوم المحكمة الدستورية بالتثبت منه اذا دفع أحد المتقاضين بأن تشريعا ما قد فرق بين متماثلين فى المركز القانونى دون مقتضى ، فالمشرع يملك بالطبع خلق مراكز قانونية جديدة للأفراد والطوائف المختلفة وسلطته هذه لا يحدها سوى ما يحد سلطته التقديرية عامة وهو الا ينحرف فى استعمالها بأن يفرق بين الطوائف المتماثلة فى المراكز القانونية لأسباب شخصية لا تتفق والصالح العام أو أن يخلق مراكز قانونية جيدة لأفراد

وطوائف معينة قاصدا تمييزهم عن غيرهم من الطوائف أو الانتقاص من حقوقهم عن غيرهم من الطوائف فى هذه الأحوال يتفحص القاضى الدستورى اسباب التمييز بين المتماثلين فى المراكز القانونية وهل كان التمييز بمقتضى أم لا ، وهذا البحث يدخل فى البحث حول الانحراف التشريعى وجودا وعدما وهو يقرب الى حد بعيد من البحث الذى قام به تقرير هيئة مفوضى الدولة لدى المحكمة الدستورية العليا ، يختلف عنه فى تأسيس طبيعة هذا البحث فبالرغم من أن مفوضى الدولة فى تقريره قد اشار الى فكرة الانحراف التشريعى إلا أنه لم يطبقها فى خصوص الدعوى وان كانت طريقة بحثه وما انتهى اليه بطريقة البحث فى وجود أو عدم وجود الانحراف التشريعى فالاستثناءات فرقت بين المتماثلين فى المراكز القانونية دون مقتضى أو أساس موضوعى وانما أقامت هذه التفرقة على أسس شخصية لا تتفق والصالح العام فى شئ عدا استثناء أبناء المناطق النائية فهو قائم على مقتضى موضوعى صحيح لحاجات هذه المناطق ، ويكمن الفارق فى البحث عن الانحراف التشريعى فى مثل هذه الدعوى والبحث عن مخالفة الاستثناءات لتخصيص الأهداف ، ان البحث فى الانحراف التشريعى فضلا عن أنه لا يتناول من قريب أو بعيد سلطة المشرع التقديرية فى تحديد أهدافه ولا يقيده فيما اعطاه الدستور من سلطة تقديرية مثلما يحدث فى حالات تخصيص الاهداف بالاضافة الى أنه فى البعد عن تخصيص الاهداف بعدا من القاضى الدستورى عن التدخل فى مجالات هى تقديرية فى الأصل وتدخله هذا لا يقيد سطة المشرع دون مقتضى فحسب ، بل أنه يفرض بصورة سافرة أفكاره وآراؤه ، السياسية والاقتصادية والاجتماعية فيما يخصصه من أهداف ويكفى للدلالة على خطورة هذا

التخصيص أن نبرز أن المحكمة لم تعمل مقتضى التخصيص الى النهاية ، فجهة التشريع يمكن أن تنازع فى ان ما وضعته من استثناءات يتفق وما يتطلبه التعليم من وجود بيئة معينة للطالب يستطيع من خلال نشأته فيها أن تبرز ملكاته ومواهبه اثناء الدراسة الجامعية ويمكن من ثم استثناء ابناء أساتذة الجامعات وتبرير هذا الاستثناء هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فان اتباع مقتضى تخصيص الأهداف كان يوجب على المحكمة كما سلف وأوضحنا استثناء أبناء المناطق النائية لموضوعية الاستثناء وهو مالم يفعله مما يجعل تخصيص الأهداف أمرا يخضع خضوعا محضا لتقدير المحكمة واتجاهاتها .

وأخيرا يحق لنا التساؤل عن قيمة هذا الحكم فيما نحن بصدده عن ابراز اتجاهات القضاء الدستورية حول فكرة الانحراف التشريعى ؟

ان هذا الحكم ذو دلالة كبرى فى هذا المجال فضلا عما سبق وابرزناه من أن البحث فى مقتضى وتوافر المساواة هو بحث فى الانحراف التشريعى فان هذا الحكم قد تجاوز فكرة الانحراف الى تدخله فى تخصيص أهداف هى بطبيعتها محل سلطة تقديرية للمشرع فهو تدخل واضح من المحكمة فى نطاق تقديرى للمشرع وهو تطور الأصل فيه أن يأتى لاحقا لاعتراف المحكمة بسلطتها فى البحث عن الانحراف التشريعى فالانحراف يمثل الرقابة السلبية على الصالح العام أما فكرة تخصيص الأهداف فتمثل الجانب الايجابى من تحديد الصالح العام وبتخصيص الأهداف ستتقلص سلطة المشرع التقديرية فى نواح كثيرة كانت متروكه لتقديره تحت سلطة رقابة سلبية تتمثل فقط فى التثبت فيما اذا كانت هناك أسباب شخصية وراء صدور القانون وتصبح الآن بعد رقابة الأهداف المخصصة التثبت من

تحقيق هدف معين وضعه القاضى الدستورى قد يختلف مع دوافع وأهداف المشرع الموضوعية أيضا ، وهنا يكمن التطور الهائل الذى يجعل فكرة الانحراف التشريعى فى النطاق الدستورى فكرة تجاوزتها المحكمة بما يعنى أنه لا حرج عليها فى اتخاذها وسيلة للرقابة السلبية على الصالح العام وتحقيقه كعنصر واجب قبل اعمال الرقابة الايجابية المتمثلة فى تخصيص الأهداف ، فتحديد الصالح الخاص المعين من قبل المحكمة ضمن الصوالح الخاصة المتعددة التى تدخل فى اطار الصالح العام بصورته التى تنأى عن التعريف سيجعل سلطة المشرع التقديرية تتضاءل كثيرا من ناحية ويغدو البحث عن الانحراف التشريعى أمرا تمارسه المحكمة وهى تمارس سلطتها فى الرقابة الدستورية لا يحقق أقصى درجات الرقابة الدستورية بل يمثل الدرجة قبل الأخيرة من أعمال هذه الرقابة وهى درجة تخصيص الأهداف وتجدر الاشارة الى أن مقتضى تخصيص الأهداف أن يكون هناك عيب فى المحل ولكن مقتضى الاعتراف بهذه الفكرة يجعل من السلطة التقديرية الأصلية سلطة مقيدة وهو أمر يتجاوز بكثير حساسيات المحكمة وهى تبحث عن الانحراف التشريعى .

ومن هذا العرض نستطيع أن نستنبط عدة نتائج من استعراض قضاء المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا وعلاقته بفكرة الانحراف وتخلص هذه النتائج فى أنه لا يمكن للمحكمة الدستورية أن تتغاضى عن دفع جوهرى بصدور القانون أو القرار بقانون متنكبا الصالح العام فهى ملزمة بالرد على هذا الدفع ومن ثم يصبح البحث فى الانحراف التشريعى أمرا يدخل فى نطاق سلطة المحكمة الدستورية العليا دون أن تفصح عن ذلك وفقى ما سبق وأوضحناه ودرجة اقتناعها أو عدم اقتناعها بتحقق

الانحراف يرجع فى الأساس الى قوة وضعف قرائن وجود الانحراف وهو أمر تقديرى الى جد كبير فضلا عن أن تشدد أو تبسط المحكمة فى الأخذ بأدلة وجود الانحراف هو أمر تقديرى يرجع اليها أصلا ويتطور مع تطور قضائها فى مدى الحذر فى بحث الانحراف التشريعى ، ومما يجعل امكانية افصاح المحكمة عن اخذها بهذا العيب ما سبق وأوضحناه عن سلطتها الكبيرة فى تفسير وتطبيق الدستور وهى سلطة تفوق كثيرا سلطتها فى بحث الانحراف التشريعى الذى يمثل بحثا قضائيا صرفا من جانب القاضى لكى البحث فى صحة محل القانون وهو بحث موضوعى يتدخل المشرع كثيرا فى تحديد مفهومه وأخيرا تأتى فكرة تخصيص الأهداف لتقدم تطورا هائلا من قبل القاضى الدستورى يفوق التطور الذى يمكن نسبته الى قضاء المحكمة اذا استعانت المحكمة بفكرة الانحراف ، وفق ما ابرزناه ، وهو تطور يوضح أن القاضى الدستورى الذى لا يظهر أو يعترف بسلطته هذه فى تفسير وتطبيق الدستور والذى يجد من تفسير الدستور ستارا يخفى فيه سلطاته الهائلة التى يباشرها على النص الدستورى هذا القاضى اذ يبحث فى الانحراف انما يباشر واجبه فى الوزن بين القرائن أو الأدلة على صحة أو بطلان التشريع ولا يتدخل فى عمل المشرع ولا يحدد له أهدافها عكس ما يحدث عندما يخصص هو للمشرع هدفا محددا لا يتجنبه فى حين أن الدستور سكت صراحة عن تحديد هذا الهدف من هنا كان الانحراف التشريعى والكشف عنه يعد الباب الأخير الذى يطرقه القاضى الدستورى للتثبت من عدم مخالفة التشريع للدستور فهو من ثم يقوم ببحث فى أمر حيوى وسواء اعترف بأنه يبحث فى هذا الأمر أم أنه لا يبحث فيه فهو ملزم بالرد على كل دفع يبديه أصحاب الشأن وينعون فيه على القانون مخالفته للصالح العام .

المبحث الثانى

الإنحراف التشريعى بين

الرقابة القضائية والمعالجة السياسية

ثبت لنا من العرض السابق أن عيب الانحراف التشريعى هو عيب له وجود فى بعض التشريعات الصادرة من البرلمان وهذا الوجود ليس بالأمر الغريب ، ذلك أن الانحراف يتصل بالجانب الشخصى من عمل البرلمان وهو جانب أساسى فى تكوينه فطبيعة القوى التى تتفاعل داخل البرلمان لابد وان تقرر فى بعض الأحيان قوانيننا معيبة بالانحراف تحقيقا لأهداف هذه القوى التى قد تكون على حساب الصالح العام ولا نغالى حين نذهب الى الانحراف التشريعى هو أخطر العيوب التى تعتور التشريع ولا ترجع هذه الخطورة الى خفاؤه فقط بل ترجع الى الطابع القصدى له . فهو عيب قصدى فى السلوك التشريعى وهو ما يعنى اتجاه جماعات الضغط داخل البرلمان الى اصدار قانون يخرج عن الصالح العام لتحقيق مصالح خاصة بطائفة أو طوائف معينة على حساب الطوائف الأخرى وهو ما يمكن أن تتحول معه الدولة من مشروع عام لادارة المجتمع لصالح كل الشعب الى مشروع خاص لصالح فئة محدودة وقادرة وذات نفوذ اجتماعى وسياسى(١) وهو ما يعرض النظام الديمقراطى كله الى الانهيار تحت ضغط الجماعات الأخرى التى قد لا تجد وسيلة للتعبير عن مصالحها الا الثورة على النظام ذاته حيث أن البرلمان هو محور عمل ذلك النظام ، والذى تدور حوله سائر عناصر النظام

---

(١) انظر عدد جريدة الأهرام فى ١٩٨٦/٤/٢٦ مقال بعنوان جماعات الضغط وأثرها فى المجتمع المصرى ، تعليق للأستاذ لطفى الخولى .

الديمقراطى فان أضحى معبرا عن سيطرة جماعة أو طبقة معينة فان ذلك يفقد النظام كله مصداقيته .

واذا كنا قد أفضنا فى توضيح مدى امكانية ظهور عيب الانحراف التشريعى من النزول الى واقع صدور القانون ورأينا ان امكانيات الواقع العملى تبرز أن صانعى القانون(١) قد تسيطر عليهم اهداف مغايرة للصالح العام وهذه الأهداف التى تكمن فى صدورهم تنطبع على التشريع فتؤدى الى صدوره معيبا بالرغم من موافقة غالبية أعضاء البرلمان عليه فاننا لا يمكن أن نكتفى بالقول أن امكانية القضاء على هذا العيب تكمن بمجرد بسط القضاء لرقابته على وجود الانحراف أو عدم وجوده فى التشريعات الصادرة من البرلمان فهذه الرقابة القضائية وان كانت تمتاز بأنها نابعة من سلطة مستقلة عن سلطة المشرع بما يحمله هذا الاستقلال من عوامل البحث الجدى عن وجود عيب الانحراف كما أنها رقابة ذات فعالية فى كشف البرلمان أمام سنده وهو الرأى العام مما يؤدى الى التأثير القوى على جمهور الناخبين وخشية البرلمان من فقد مصداقيته أمام ناخبيه ، وكذلك تمتاز هذه الرقابة بأنها تبقى القاضى فى نطاق عمله الأساسى وتجعله يوازن فقط بين أدلة وجود أو عدم وجود الانحراف ولا تجعله يتطرق اطلاقا الى فرض

---

(١) انظر حكم محكمة أمن الدولة العليا فى القضية رقم ٣٦٣٩ لسنة ٨٠ - جلسة ١٩٨٦/١/١٢ حيث ذهبت المحكمة إلى أنها تدق ناقوس الخطر لتنبيه المسئولين بالحكومة الى أن بعض القوانين يقوم بها أشخاص ذوى مآرب خاصة وغايات غير مشروعة بإقتراح مشروعاتها وإعداد صياغتها وكأنها ثوب يفصلونه على أنفسهم كما يشتركون فى بحثها باللجنة التشريعية بمجلس الوزراء بزعم أنهم متخصصون فى الوزارة الذى تقدمت بالمشروع وأوصت المحكمة فى حكمها بضرورة أن تحظى مشروعات القوانين وكذلك تعديلها بقسط وافر من البحث والتمحيص والدراسة المتأنية ولا تمر بموافقات سريعة وكان الحكم بخصوص المادتين ٢٢ ، ٢٣ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ المعدل بالقانونين رقمى ٨٨ لسنة ١٩٧٦ و٧٥ لسنة ١٩٨٠ .

مفاهيمه عن محل القانون أو سببه أو يجدد للمشرع غاية مخصصة عليه أن يلتزمها فالقاضي برقابة الانحراف يباشر دوره الطبيعى كقاض دون تدخل منه فى عمل المشرع .

هذه المميزات للرقابة القضائية لايمكن أن تثنينا عن البحث عن أفضل الحلول لا للقضاء على عيب الانحراف التشريعى تماما. فالقضاء عليه تماما هو أمر مستحيل فهو ظاهرة ملازمة لطبيعة تكوين البرلمان حيث تتحين القوى المتفاعلة داخل البرلمان الفرصة تلو الفرصة لتمرير بعض القوانين المعيبة بالانحراف وتقل أو تكثر هذه القوانين المعيبة بالانحراف تبعا لظروف وتفاعلات هذه القوى فى البرلمان وعليه فالبحث يدور حول افضل الحلول للتقليل من حالات الانحراف ولكن قبل البحث عن أفضل هذه الحلول ، يجدر بنا الاجابة عن تساؤل هام إلا وهو ان جماعات الضغط لا تلجأ فقط الى عيب الانحراف التشريعى لتحقيق أهدافها ، فقد تلجأ الى اصدار قوانين محققة لمصالحها صراحة دون التخفى وراء الانحراف التشريعى فهل يعنى وضع اسس للمعالجة السياسية لعيب الانحراف التشريعى أن هذا العلاج يمكن أن يتناول سائر عيوب القانون الأخرى من محله وسببه ؟

ان الاجابة على هذا التساؤل تبرز مدى خطورة الانحراف التشريعى فقوى الضغط المختلفة لا تلجأ الى المخالفة المباشرة للدستور ليس فقط لوجود رقابة دستورية القوانين ، ولكن حتى لا تفقد مصداقيتها أمام ناخبيها بصورة مكشوفة ، فهذه الجماعات لن تحقق مصالح ترتبط بالناخبين جميعا ، ولكنها تحقق مصالح فئات مغيرة من هؤلاء الناخبين ، لذا من هنا كانت صعوبة اللجوء الى المخالفة الصريحة للدستور متمثلة فى عيب قد يعتور محل القانون أو سببه فتلجأ هذه القوى الى اصدار تشريع دستورى

فى محله وسببه وسائر عناصره غير أنه عند تطبيق لن يحقق سوى مصالح تلك الفئة المقصودة من التشريع واللجوء الى الانحراف التشريعى لن يصعب مهمة المحكمة الدستورية والكشف ع نه فقط ولكن يبقى لجماعة الضغط خفاؤها ويظهر بمظهر المعبر عن ارادة سائر الناخبين فخطورة الانحراف التشريعى نابعة من طبيعة التفاعلات داخل البرلمان وهى تفاعلات تؤدى الى التغاضى عن الصالح العام لتحقيق مصالح أو أغراض خاصة وهذه التفاعلات موجودة فى سائر البرلمانات فهى حقيقة ملازمة له طالما أنه مكون من بشر لهم أطماعهم وتطلعاتهم الخاصة ...

ولكن الخطورة الحقيقية هي فيما قد تقرره هذه التفاعلات بين بعض القوى المختلفة الممثلة فى البرلمان من صفات على حساب القوى الأخرى بما يخل بمركز البرلمان كمؤسسة معبرة عن ارادة أغلب القوى فى المجتمع وتكون بداية النهاية للنظام الديمقراطى كله وهو ما دعانا الى البحث عن السبل السياسية لمعالجة هذا العيب فالعلاج القضائى ليس كافيا لدرء خطر وجود هذا العيب فصعوبة الكشف عنه وبطء إجراءات التقاضى يغلان من فعالية العلاج القضائى ، فكيف يمكن أن نعالج وجود هذا العيب ساسيا ؟

ان هذا العلاج السياسى يكمن فى تطبيق المبادئ الديمقراطية الصحيحة من ضمان الحريات الأساسية للمواطنين من حرية انشاء والانضمام الى الأحزاب الى حرية التعبير وحرية التصويت واحترام أصوات الناخبين فسيؤدى هذا بالضرورة الى تكوين برلمان يعبر بصورة صحيحة عن سائر القوى المتفاعلة فى المجتمع ومن ناحية أخرى العمل على ترسيخ المفاهيم الديمقراطية داخل الأحزاب السياسية ، بما يؤدى الى حرية الأعضاء فى التصويت لمشروعات القوانين اذا لم يسفر النقاش داخل الحزب عن

حصول هذا المشروع بقانون على أغلبية أكبر من الأغلبية المطلقة (النصف + ١) ولتكن أغلبية ٦٠ أو ٧٠٪ من الهيئة البرلمانية للحزب ففى هذه الحال يقل الى حد كبير سيطرة القلة على مشروعات القوانين بالاضافة الى ما فى ذلك من تخفيف من قيود الالتزام الحزبى كذلك اثبتت التجربة أن نظام المجلسين يعمل على التقليل من فرص وجود الانحراف التشريعى (تجربة مصر فى ظل دستور ١٩٢٣) .

وأخيرا فان تشكيل اللجان فى البرلمان يجب أن ينظر اليه على أساس تعدد الأحزاب الداخله فى تشكيل كل لجنة بما يقلل من فرص وجود التحالفات المضرة بالصالح العام .

هذه العناصر السابقة لن يكون من شأنها كما سلف البيان القضاء على عيب الانحراف ولكنه بالقطع من شأنها التخفيف والتقليل الى حد كبير من حالاته فالبرلمان المعبر عن سائر المصالح والقوى فى المجتمع لن تتمكن قوى الضغط من تحقيق مصالحها الخاصة من خلاله بسهولة فالمهم أن يظهر تمثيل لمختلف القوى فى البرلمان ان عنصرى الديمقراطية هما الحرية والمساواة واذا تهدد أحد هذين العنصرين انهارت الديمقراطية وعيب الانحراف التشريعى يهدد بصورة مباشرة عنصر المساواة فتحقيق مصالح وأغراض لبعض القوى والطوائف فى المجتمع لا يمكن أن يكون على حساب صالح المجموع فهما تعاظم حجم هذه القوى والطوائف .

ومن هنا كانت فعالية المعالجة السياسية لهذا العيب تضمن نجاحا أكبر فى التقليل من فرص ظهور هذا العيب فالمعالجة القضائية قد تصلح وحدها فى سائر العيوب الأخرى لوضوح هذه العيوب أما خفاء عيب

الانحراف ، فيؤدى الى صعوبة كبيرة فى كشفه بما قد لا تتمكن معه المحكمة لقصور فى الأدلة الموجودة أمامها من الحكم على التشريع بالانحراف بالرغم من أنه معيب فعلا به .

وأخيرا يمكننا باختصار القول بأن علاج الانحراف التشريعى هو فى علاج النظام السياسى ككل ذلك أن عصب أى نظام ديمقراطى هو البرلمان فاذا كانت قواعد النظام الديمقراطى تطبق فى كافة مراحل الترشيح والانتخاب لهذا البرلمان واذا كانت القوانين تضمن الى حد كبير حرية الناخبين فى الانتخاب ولا تحظر دخول البرلمان على طوائف متعددة يمكن أن يصبح البرلمان بمثابة ممثل الى حد كبير للطوائف والقوى السياسية المتفاعلة فى المجتمع ومن تفاعل هذه القوى يندر وجود الانحراف التشريعى لأن البرلمان حقق توازنا فى هذه القوى اما اذا كان البرلمان غير معبر حقيقيا عن مختلف القوى السياسية فى المجتمع فلنا أن نتوقع منه كثرة فى القوانين المعيبة بالانحراف من ناحية وانهيار دوره كمحور للنظام السياسى من ناحية أخرى .

نحو حياة ديمقراطية سليمة

كان من مقتضى هذه الدراسة أن تقتصر خاتمتها على اقتراحات أو توصيات بخصوص موضوعها الرئيسى ألا وهو الانحراف التشريعى ، إلا أن طبيعة الدراسة اقتضت منا الخوض وراء علاقات القوى السياسية فى ظل دساتير الثورة ودستور ١٩٧١ القائم وذلك لامكان الوصول الى حقيقة مركز السلطة التشريعية فى هذه الدساتير ، من هنا كان واجبا علينا ان نضع تصورا لتنظيم ديمقراطى لما يجب أن يكون عليه علاقات القوى السياسية فى الواقع المصرى الذى نعيشه .

فاذا كنا نؤمن أن العبرة فى النهاية هى بحقيقة هذه العلاقة بين المؤسسات السياسية في الواقع ، إلا أننا نؤمن أيضا أن هذا الواقع يجب أن يستند الى نصوص دستورية وقانونية تكون له بمثابة الاطار الذى يرسم لهذا الواقع حركته واذا كانت العبرة فى تقييم علاقات القوى السياسية هو بواقع هذه العلاقات دون النظر الى ما ترسمه النصوص الدستورية أو القانونية لقواعد تفاعل هذه القوى إلا أنه من المنطقى ان هذا التقييم يجب أن يتم بمقارنة النصوص بالواقع حتى يكون التقييم مستندا الى عناصر ثابته تحكم بصدق أو كذب هذا التقييم ومن هنا كان اهتمامنا فى المقام الأول بوجوب وجود اطار محكم ودقيق يمكن من خلاله رسم قواعد التفاعلات بين المؤسسات السياسية فى المجتمع وبالطبع هذا الاطار لن يكون سوى الدستور .

واذا كنا يمكن تصور أنه ببعض التعديلات التى يمكن ادخالها على الدستور القائم دستور ١٩٧١ أن تكفل هذه التعديلات حياة دستورية وديمقراطية سليمة فان هذا التصور لا يقوم على أساس من الواقع ذلك أن دستور ١٩٧١ قد وضع فى ظل سيطرة فكرة الحزب الواحد وكان الدستور معبرا عن هذه الفكرة قبل تعديله ولا يمكن القول أن هذا التعديل قد غير من أيديولوجية الدستور ذلك أن المقتضى الصحيح للاخذ بفكرة تعدد الاحزاب ان تكتمل للديمقراطية كافة مقوماتها وذلك بتحديد قواعد العلاقة بين السلطات فى ضوء هذا التعدد وهو مالم يأخذ به الدستور فالدستور أعطى لرئيس الجمهورية سلطات واسعة للغاية مطمئنا ان الرئيس هو فى الوقت ذاته رئيس الحزب الواحد ففى هذه الحالة ليست هناك مشكلة ولكن فى ضوء التعدد الحزبى فكيف تستقيم العلاقة بين السلطات اذا اسفرت

انتخابات عن وصول حزب مغاير لحزب رئيس الجمهورية الى تكوين اغلبية فى مجلس الشعب ؟ أن رئيس الجمهورية بسلطاته الواسعة - ومع مراعاة أن قوة الرأى العام عندنا فى طور النمو عكس الحال فى فرنسا التى تحقق فيها هذا الفرض الان - يملك بالتأكيد من الوسائل ما يجعل مهمة مجلس الشعب فى هذه الحالة صعبة للغاية وكذلك الحال فى حالة تشكيل الوزارة من غير حزبه وما ذلك الا لان الدستور عندما وضع لم يتسع لهذا الفرض.

من هنا وجب أن يكون الدستور معبرا بوضوح عن أيديولوجية الديمقرطية وإن تتسع نصوصه لتمشل تصورات العلاقة بين المؤسسات الدستورية فى ظل المبادئ الدستورية السليمة ، من هنا نعتقد بوجوب وضع دستور جديد ينزل المبادئ الديمقراطية التى تتفق مع واقع الحياة السياسية منزلة التطبيق فالناظر للواقع السياسى فى مصر يجد أن تفاعلات القوى السياسية تتجاوز فى حركتها نصوص الدستور القائم ولا يعد هذا عيبا فى دستور ١٩٧١ اذا كنا ننظر اليه على أنه بمثابة دستور انتقالى بين مرحلتين مرحلة المشروعية الثورية ومرحلة الديمقراطية الدستورية التى نتطلع اليها .

من هنا نحاول فيما يلى وضع تصور لأسس دستورية لحياة ديمقراطية أفضل تأخذ فى اعتبارها واقعنا السياسى ، وهذه الأسس تتضمن ما يلى:

أولا : انتخاب جمعية تأسيسية لوضع مشروع الدستور ، على أن تحاط أعمالها بالعلانية ، ثم يعرض هذا المشروع على الشعب لاستفتائه مع توفير كافة الظروف الاعلامية التى تسمح بمعرفة كافة الجوانب الايجابية والسلبية فى هذا المشروع .

ثانيا : أن يلتزم المشروع المقترح بمدة أوصول ومبادئ أهمها أن

يكون واضحا في الاخذ بأى من النظامين الرئاسي أو البرلماني ولا يمزج بينهما واذا كنا نعتقد ان النظام البرلماني هو من أنسب النظم تحقيقا لمبدأ السلطة المسئولة وإظهار لحدود العلاقة بين السلطات الا أن الواقع السياسي في مصر يجعلنا نؤمن أنه ليس من السهل على الرأى العام أو على الاحزاب القائمة أن تتخلى عن النظام الرئاسي لما في هذا النظام الاخير من ضمان الاستقرار لاى حزب ينتمي اليه الرئيس في السلطة لمدة طويلة فضلا عما يسود الرأى العام لاسباب تاريخية وسيكولوجية من الاعتقاد بضرورة وجود قائد للأمة وعدم تصور وجود رئيس للدولة لا يشارك في الحكم ، وعلى كل فلا تثريب اذا اخذ المشروع المقترح بالنظام الرئاسي ولكن على ان يكون مشابها للنظام الرئاسي في الولايت المتحدة ، لا كما هو موجود في فرنسا فالنظام الرئاسي الفرنسي ليس بالنظام الرئاسي الخالص بل هو النظام المختلط وثبت لنا من عرضنا السابق ان استعارة هذا النظام هو السبب في انهيار المؤسسات الدستورية في مصر ، أما النظام الامريكي فمع ما فيه من سلطات واسعة لرئيس الجمهورية إلا أنه يكفل التوازن بين سلطته وباقي المؤسسات الدستورية لما يتضمنه النظام من فصل بين السلطات يحقق الغرض من هذا الفصل وهو التوازن بين المؤسسات الدستورية بما لا يجعل احدها يتغول على الآخر .

وعلى كل فاذا اخذ الدستور بأى من النظامين فان مبدأ الاستفتاء الشعبي يفضل الا ينص عليه في الدستور لما سبق ووضح لنا اساءة استعمال هذا الحق - حق طرح موضوع الاستفتاء الشعبي - واذا تضمن الدستور نصا على الاستفتاء الشعبي وجب أن يحدد بدقة الحالات التي

يمكن أن يمارس فيها وحدود وضوابط استعمال هذا الحق بما لا يخل بالتوازن بين السلطات الدستورية .

ثالثا : ويمكننا ان نتصور ان يتضمن الدستور انشاء مجلس للشيوخ بجوار مجلس النواب - ويمكن أن يتحول مجلس الشورى القائم حاليا الى مجلس للشيوخ - وفى هذه الحالة يكون الترشيح لمجلس النواب متاحا للناس كافة على ان يحصل المرشح على القدر من التعليم الذى تعتبره الدولة تعليما اساسيا ويمكن وضع فترة انتقالية لذلك ويجب مراعاة عدم حجز مقاعد لطوائف معينة فى هذا المجلس ، أما مجلس الشيوخ فنتصور ان تكون عضويته مقصورة على طوائف معينة يكون أساس ترشيحها له هو عملها وخبرتها دون ثروتها كالموظفين من درجات معينة والشاغلين لمناصب عليا والحاصلين على شهادات عليا كالدكتوراه مثلا ، كما يمكننا ان نتصور انه فى ظل نظام ديمقراطى سليم فان الدستور سيطلق حرية تكوين الاتحادات والنقابات المختلفة وعليه يمكن تصور أن يعين ثلث اعضاء مجلس الشيوخ من اعضاء مجلس ادارة هذه النقابات والاتحادات فالتمثيل المهنى فى مجلس الشيوخ يحقق نفعا عظيما فى فرض رقابة فعالة على مشروعات القوانين التى يحيلها اليه مجلس النواب كما ان من مقتضى هذا الاقتراح ان يكون هناك توازن بين القوى والتيارات السياسية فى البرلمان.

رابعا : يجب أن يهتم هذا الدستور المقترح بالحريات الاساسية فى النظم الديمقراطية كحرية تكوين الاحزاب وحرية الصحافة والاجتماع ويجب أن يتضمن اسهابا فى تنظيمه لهذه الحريات ولا يحيل الى البرلمان فى تنظيم هذه الحريات الا فى اضيق الحدود كما يجب ان يتضمن تنظيما للسلطة القضائية يحقق لها استقلالها ولو اقتضى الامر أن يتضمن الدستور

القواعد الاساسية لتحديد مرتباتالقضاه كتحديد زيادة هذه المرتبات بزيادة نسبة الغلاء أو التضخم التي يعلنها البنك المركزى مثلا ، كما يجب أن يتضمن الدستور وجود محكمة دستورية تختص بالفصل فى دستورية القوانين على ان تشكل هذه المحكمة من نواب رئيس محكمة النقض ونواب رئيس مجلس الدولة ليشغلوا مناصبهم كأعضاء فى هذه المحكمة لحين بلوغهم سن التقاعد على ان تختار الجمعية العمومية لهاتين المحكمتين لهؤلاء الاعضاء بما يكفل ان تصل الرقابة القضائية على دستورية القوانين أعلى مراتبها .

وأخيرا فإن اقامة الحياة الدستورية السليمة التى نرنو اليها تفترض فى الدستور المقترح أن يهتم بعملية الانتخاب ودقائقها بما يجعله لا يحيل فى تنظيمها الى البرلمان الا فى اضيق الحدود كما تفترض تخل الدستور المقترح من سائر العيوب التى سادت الدساتير السابقة عليه والتى سبق وأبرزناها وان يهتم بعضو البرلمان من حيث تأهيله وان يكفل له استقلاله عن أية قوى قد تؤثر على عمله .

ولا تدعى ان مراعاة هذه الخطوات سيؤدى بنا حتما الى حياة ديمقراطية سليمة ، فالديمقراطية فى المقام الأول هى أسلوب عمل ومنهج حياة ، وأنها تحتاج الى وقت طويل لترسخ فى وجدان الأمة وتنطبع بالتالى على تصرفات افرادها ، ولكن يمكن القول ان البدء بوضع دستور يأخذ بهذه المبادئ السابقة هو نقطة البداية لامكان تصور بناء مجتمع ديمقراطى .

والله ولى التوفيق

المراجع

قائمة بالمراجع العربية

أولا : رسائل الدكتوراه :

د/ أحمد كمال أبوالمجد :

«الرقابة على دستورية القوانين فى الولايات المتحدة ومصر ١٩٦٢»

د/ أحمد كمال الدين موسى :

« نظرية الاثبات فى القانون الادارى ١٩٧٧ »

د/ أحمد شوقى :

« الرئيس فى النظام الدستورى للولايات المتحدة الامريكية ١٩٨٠ »

د/ أحمد مدحت على :

« نظرية الظروف الاستثنائية ١٩٧٨ »

د/ السعيد مصطفى السعيد :

« اساءة استعمال حقوق الزوجية وما يتقيد به فى الشريعة الإسلامية ١٩٣٦ »

د/ السيد محمد ابراهيم :

« الرقابة على الوقائع فى قضاء الالغاء ١٩٦٣ »

د/ السيد محمد مدنى :

« مسئولية الدولة عن اعمالها المشرعة ١٩٥٢ »

د/ أنور الأهوانى :

« رئيس الدولة فى النظام الديمقراطى ١٩٤٥ »

د/ أنور رسلان :

« الديمقراطية بين الفكرين الفردى والاشتراكى ١٩٧١ »

د/ بدرخان عبدالحكيم ابراهيم :

« المعيار المميز للعمل القضائى ١٩٨٤ »

د/ حسن أحمد على :

« ضمانات الحريات العامة وتطورها فى النظم السياسية المعاصرة ١٩٧٨ »

د/ حسين حامد حسان :

« نظرية المصلحة فى الفقه الإسلامى ١٩٧١ »

د/ حقى اسماعيل بربوتى :

« الرقابة على اعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ ١٩٨١ »

د/ زكريا محفوظ :

« حالة الطوارئ فى القانون المقارن ١٩٦٦ »

د/ سعيد الصادق :

« المنهج القانونى فى الولايات المتحدة ومصر ١٩٧٧ »

د/ سمير عبدالقادر :

« السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة ١٩٨٢ »

د/ عاطف أحمد فؤاد :

« السلطة والطبقات الاجتماعية فى مصر ١٩٧٥ - كلية الآداب قسم الاجتماع »

د/ عبدالباسط جميعى :

« نظرية الاوضاع الظاهرة المظهر المخالف للحقيقة ١٩٥٢ »

د/ عبدالفتاح ساير داير :

« اعمال السيادة ١٩٥٥ »

د/ عبدالله ناصف :

« مدى توازن السلطة السياسية مع المسئولية فى الدولة الحديثة ١٩٨١ »

د/ عصام البرزنجى :

« السلطة التقديرية للادارة ١٩٧٠ »

د/ على الباز :

« الرقابة على دستورية القوانين ١٩٧٨ »

د/ عمر حلمى :

« الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة ١٩٨٠ »

د/ فتحى عبدالنبى :

« ضمانات نفاذ القواعد الدستورية ١٩٨٢ »

د/ محمد أديب صالح :

« تفسير النصوص فى الفقه الإسلامى ١٩٦٤ »

د/ محمد الشنتاوى :

« مدى الحجة الى الاخذ بنظرية المصالح المرسلة فى الفقه الإسلامى ١٩٧٤ »

د/ محمد حسنين عبدالعال :

« فكرة السبب فى القرار الادارى ودعوى الالغاء ١٩٧١ »

د/ محمد شوقى السيد :

« التعسف فى استعمال الحق ١٩٧٧ »

د/ محمد صبرى السعدى :

« تفسير النصوص فى القانون الخاص والشريعة الإسلامية ١٩٧٧ »

د/ محمود عيد :

« نظام الانتخاب فى التشريع المصرى والمقارن ١٩٤١ »

د/ ميرغنى ادريس :

« التعسف فى استعمال الحقوق الادارية ١٩٧٤ »

ثانيا : أهم المؤلفات والمقالات :

د/ أحمد كمال أبوالمجد :

« الدور الإنشائى للقضاء الادارى بين الواقعية الشكلية والمذاهب الموضوعية فى القانون- مجلة القانون والاقتصاد- سنة١٩٦٢ »

« محكمة وارن والحريات العامة - مجلة القانون والاقتصاد١٩٧١ »

د/ أحمد بدر :

« الرأى العام - طبيعته وتكوينه - وقياسه فى السياسة العامة ١٩٧٧ »

د/ أحمد حافظ نجم :

« السلطة التقديرية للادارة ودعاوى الانحراف بالسلطة - مجلة العلوم الادارية - العدد الثانى ١٩٨٢ »

أحمد حمروش :

« قصة ثورة ٢٣ يوليو - جزء ٣ - مجتمع عبدالناصر ١٩٨١ »

أحمد وهبه :

« القرار الجمهورى بقانون ووسائل رقابته ١٩٧٣ »

د/ السيد صبرى :

« مبادئ القانون الدستورى ١٩٤٩ »

« اللوائح التشريعية ١٩٤٤ »

د/ ثروت بدوى :

« القانون الدستورى والانظمة الدستورية فى مصر ١٩٧١ »

« النظم السياسية جزء ١ - ١٩٧٠ »

د/ رمزى الشاعر :

« النظرية العامة للقانون الدستورى ١٩٨٣ »

د/ رياض شمس :

« حرية الرأى وجرائم الصحافة والنشر ١٩٤٧ »

د/ سامى عبدالصادق :

« أصول الممارسة البرلمانية ١٩٨٢ »

د/ سعاد الشرقاوى :

« النظم السياسية فى العالم المعاصر ١٩٨٢ »

« نظام الانتخاب فى مصر والعالم ١٩٨٥ مع د/ عبدالله ناصف »

د/ سعد عصفور :

« النظام الدستورى المصرى - دستور ١٩٧١ - ١٩٨٠ »

د/ سليمان الطماوى :

« النظرية العامة للقرارات الادارية ١٩٧٦ »

« القانون الدستورى المصرى والاتحادى ١٩٥٨ - ١٩٦٠ »

« نظرية التعسف فى استعمال السلطة ١٩٧٦ »

د/ سمير تناغو :

« النظرية العامة للقانون ١٩٨٠ »

د/ طارق البشرى :

« الديمقراطية والناصرية ١٩٨٥ »

« الحركة الوطنية فى مصر من سنة ١٩٤٥ إلى سنة ١٩٥٢ »

د/ طعيمة الجرف :

« نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسى ١٩٦٤ »

« مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الادارة للقانون ١٩٧٥ »

د/ عبدالحميد متولى :

« أزمة الانظمة الديمقراطية ١٩٥٢ »

« محاضرات فى اصلاح نظام الانتخاب فى مصر ١٩٥٢ »

« الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٥٦ »

« الحريات العامة ١٩٧٣ »

« مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة فى الدستور - مجلة الحقوق ١٩٥٨ »

د/ عبدالرازق السنهورى :

« مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ١٩٦٧ »

« الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية - مجلة مجلس الدولة ١٩٥١ ».

د/ عبدالسلام ذهنى :

« الحيل المحظور منها والمشروع ١٩٤٦ »

« التدليس بالقانون ١٩٤٨ »

« مسئولية الحكومة المصرية باعتبارها صاحبة الولاية العامة ١٩٢٤ »

د/ عبدالمنعم البدراوى :

« النظرية العامة للالتزامات ١٩٧٧ »

د/ عثمان خليل :

« القانون الدستورى ١٩٥٥ »

« الاتجاهات الدستورية الحديثة ١٩٥٧ - ١٩٥٨ »

د/ عصمت سيف الدولة :

« التمثيل النيابى ومشكلة الديمقراطية »

« الاستبداد الديمقراطى ١٩٨٣ »

د/ فتحى سرور :

« الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية - مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٢ »

د/ فؤد العطار :

« النظم السياسية والقانون الدستورى ١٩٧٤ »

د/ ماجد راغب الحلو :

« الاستفتاء الشعبى والشريعة الإسلامية ١٩٨٣ »

د/ محسن خليل :

« النظم السياسية والقانون الدستورى ١٩٦٨ »

د/ محمد حامد فهمى ود/ حامد فهمى :

« النقض فى المواد المدنية ١٩٣٧ »

د/ محمد عصفور :

« استقلال السلطة القضائية ١٩٦٨ »

« سيادة القانون ١٩٦٧ »

« مذاهب المحكمة الادارية العليا ١٩٥٧ »

« وقاية النظام الاجتماعى ١٩٥٥ »

« البوليس والدولة ١٩٧٢ »

د/ محمد كامل ليلة :

« القانون الدستورى ١٩٧١ »

د/ محمد محمود ابراهيم :

« النظرية العامة للتكييف القانونى فى الدعوى وقانون المرافعات ١٩٨٢ »

د/ محمود متولى :

« مصر والحياة الحزبية والنيابية قبل ١٩٥٢ سنة ١٩٨٠ »

د/ محمود نجيب حسنى :

« الدور الخلاق لمحكمة النقض فى تفسير وتطبيق قانون العقوبات - مجلة القانون والاقتصاد ١٩٨٣ »

د/ مصطفى أبوزيد فهمى :

« النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ »

د/ نعمان جمعه :

« أركان الظاهر كمصدر للحق ١٩٧٧ »

هدى مصطفى محمد سعد :

« الانتماءات الاجتماعية لاعضاء التنظيمات السياسية - رسالة ماجستير - كلية الآداب - جامعة عين شمس - ١٩٨٣ »

د/ وجيه رأفت :

« القانون الدستورى ١٩٣٧ مع د/ وايت ابراهيم »

« دراسات فى بعض القوانين المنظمة للحريات ١٩٨١ »

« فصول من ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ »

د/ يحى الجمل :

« نظرية الضرورة فى القانون الدستورى وبعض تطبيقاتها ١٩٧٧ »

« النظام الدستورى فى جمهورية مصر العربية ١٩٧٤ »

د/ يونان لبيب رزق :

« الوزارات المصرية ١٩٧٦ »

« الاحزاب السياسية فى مصر ١٩٨٤ »

ثالثا : أهم المراجع الأجنبية :

André de laubadiere Iraité elementaire de droit adminstratif 4 ed 1967.

Barthelmy (J) et Duez (p) Iraité de droit constitutionnel paris 1933 Dalloz.

Blondel (André) controle juridictionnel de la constitutionalite des lois Paris 1928.

Bonnartd (Roger) le pouvior discretionnaire des autorité adminstratives et le recours Pour de Pouvoir R. D. P. 1923.

Biuncken (Ernest) science of legal method 1921.

Burdeau (George) les libertes Publiques 3 em ed Paris 1966 Treité de science politiques 1969 - 1976.

Cader (Gaques) institutions Politiques et droit constitutionnel 9 em ed. 1966 Paris.

Camus (G) L'etat de necessité en dem ocratie 1965.

De melberj (C) contribution a la theorie general de L'etat 1920 Paris.

Dicey (A) introduction ot thr study of the constitution 1948.

Dran (M) lecontrole juridictionnel et la garantie des libertés 1966 Paris.

Duguit (L) Traité de droit constitutionnel 1927 3 ed.

Dubisson (M) ladistinction entre la legalité et l'apportunité sans la theorie du recours pour exces de pouvoir Paris 1958.

Duverger (M) institutions puliques et droit constitutionnel 9 em ed 1966 Paris.

Galland (H) le conrole judiciaire de la constitutionalité des lois aux etis - unis 1932.

Geny (F) science et techniques droit prive positif Leon 1922.

Methode d'interpretation et sourcas en droit arivé positif Paris 1919.

Hafez (M) La delegation legeslative en France et el Egypte Paris 1953.

Haurion (M) precisde droit contitutionnel 2 ed Paris 1929.

Harlison (A) the American constitution 1973 New York.

Jeanneau (B) Les Prncipaux generaux du Droit 1954.

Jonerand de l'esprit des droits et de leur relativité 2 emed

1939.

Kelsen la garantie juridictionnelle de la constitunion R. D. P. 1928.

Kire (H) la thearie de l'abris de droit en droit Francais et en droit egyptien these Paris 1952.

Laschak (D) Le Role volitique du juge Adminstratif Francais 1922 these.

Lask'i (H) the state in theory and practice London 1935. Study in law and pulitics - Democracy in crises.

Louis (D) la theorie de l'obusds droit et la jorisprudence adminstrative Paris 1962.

Mitwally (A) La Democratie et la represntation des interets en France 1931.

Nagib (S) La constitution Egyptenne et la controle de la constitutionnalite de lois these Paris 1929.

Nizard (L) la jurisprudence adminstrative des crrconstances exceptionnelles et la legalite Paris 1962.

Prelot (M) institutions politiques et Dr. const. Paris 1963.

Ropert Coshman eases in constitutional law 1976.

Shopero (M) American constitutnnal law sith ed 1983.

Tay (H) regime presidentiel et la France Paris 1967.

Tanc (A) le system constitutinnal des ltats unis d'Amerique 1954.

Videl (G) Droit adminstratif 1961 Paris.

Videl (G) Emai sur la notion de cause en droit admin Francais toulous 1934.

Venizia (J) le Pouvoir discretionnaire Paris 1953.

Voisset (M) L'article 16 de la colstitution de 4 Dctobre 1958 P sris 1969.

ملحق خاص

مقال د. السنهورى عن الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

مخالفة التشريع للدستور
والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية

بقلم
عبد الرزاق أحمد السنهورى
رئيس مجلس الدولة

تمهيـــد

تخدم هذه المجلة القانون العام . وهو قانون فى مراحله الأولى من التطور . ولم يخلص لرجال القانون فى مصر الوعى به والتفرغ لتحصيله إلا منذ سنوات قليلة ، وبخاصة منذ إنشاء مجلس الدولة ، فإن هذا المجلس هو البيئة الطبيعية التى ينشأ فيها القانون العام وينمو ويترعرع .

وفيما تعنى به المجلة من مسائل القانون العام مسألة تعد من أمهات المسائل فيه ، هى الدفاع عن مبدأ سيادة الدستور (principe de coustetionnalité) وعن مبدأ سيادة القانون (principe de légalité) . فنشرت فى عددها الأول بحثين قيمين للأستاذين الكبيرين السيد على بك وعبد السلام ذهنى بك فى رقابة القضاء لدستورية القوانين . ولما كان مبدأ هذه الرقابة قد أصبح مقرراً فى قضاء مجلس الدولة فى مصر ، فقد اخترت فى هذا البحث أن أعرض لدستورية القوانين فى ذاتها ، فأبين متى يكون القانون غير دستورى . وأحسب أن هذا البحث يأتى هنا فى ترتيبه الطبيعى . فإذا تقررت رقابة القضاء لدستورية القوانين ، وجب أن نعرف متى تنبسط هذه الرقابة ببيان الأحوال المختلفة التى يكون فيها التشريع مخالفاً لنصوص الدستور أو لمبادئه .

وهذه البحوث تهدف جميعاً إلى غرض واحد ، هو توثيق رقابة القضاء على أعمال السلطات العامة . توطيداً لمبدأى سيادة الدستور

الكامل (le contentieux de la pleine juridiction) ، يحكم فيه بالتعويض لا بإلغاء القرار المطعون فيه ، فانتقل إلى قضاء الإلغاء لينتفع بالمزية التى تقدم ذكرها . وكان يشترط لتحققه في أول الأمر الا يقتصر القرار المطعون فيه على مخالفة نص في القانون ، بل يجب أيضاً ان يمس حقاً مكتسباً . ومن ثم لم يكن يكفى فيمن يتمسك بهذا الوجه أن يكون له مجرد مصلحة فى طلب الاءلغاء ، بل يجب أن يكون له حق قائم قد مسه القرار المطعون فيه . ثم تطور هذا الوجه ليصبح كالوجوه الثلاثة الأولى ، يكفى فيه التمسك بمجرد المصلحة . ثم لم يصبح ضرورياً ان يكون هناك نص قانونى صريح خالفه القرار الاءدارى المطعون فيه ، بل يكفي ان يكون هذا القرار قد خالفه القانون بوجه عام ، كما إذا عارض حكما حاز قوة الشىء المقضى أو مس حقاً نشأ من عقد أو من قرار إدارى سابق . ومن ثم اقتصر على ان يسمى هذا الوجه الرابع بمخالفة القانون (violation de la loi) ، أى مخالفة القاعدة القانونية (violaion de la régle drait) ، وحذف مع التسمية المساس بالحق.

وجد اخيرا وجه خامس للطعن فى القرار الاءدارى امام قضاء الاءلغاء ، هو انعدام الأسباب التى بنى عليها القرار (inexistence des' motifs) .وانعدام الأسباب يرد على ثلاث . فهو فى صورة اولى يكون انعداما واقعياً (inexistence de fait) للأسباب ، بأن تذكر للقرار أسباب غير صحيحة ، مثل ذلك ان يفصل موظف بناء على طلبه ثم يتبين انه لم يقدم طلباً بذلك ، أو أن يتخطى موظف فى الترقية بسبب توقيع عقوبة تأديبية عليه ثم يتبين أنه لم يوقع عليه اية عقوبة . وهو فى صورة ثانية يكون انعداما قانونياً(inexistence de droit) للأسباب ، بأن تكيف الأسباب تكييفاً قانونياً خاطئاً . مثل ذلك إن ترفض الإدارة الترخيص فى البناء بدعوى أن الموقع يجاور اثراً من الآثار التاريخية ثم يتبين ان تكييف الموقع المجاور بأنه اثر تاريخي غير صحيح قانوناً . وهو فى صورة ثالثة يكون انعداماً واقعياً لأسباب يشترطها القانون لصحة القرار الاءدارى . مثل ذلك أن يرقى موظف على اساس إنه أمضى المدة اللازمة للترقية ثم يتبين انه لم يمض هذه المدة . ونرى أن هذا الوجه الخامس ليس وجهاً مستقلا للطعن إلا فى أحد نواحيه فانعدام الأسباب ، إذا كان انعداماً قانونياً أو واقعياً لأسباب يشترط توافرها لصحة القرار الاءدارى ، يختلط بوجه

الطعن بمخالفة القانون. اما إذا كان انعداماً واقعياً محضا، فإن كان معلوماً من الموظف الذى أصدر القرار، اختلط بوجه الطعن بالانحراف فى استعمال السلطة. ولا يكون انعدام الاسباب وجهاً مستقلا إلا إذا كان انعداماً واقعياً يجهله الموظف الذى أصدر القرار، فعندئذ يكون هناك خطأ فى الواقع (erreur de fait)يعيب القرار الاعدارى ويجعله قراراً باطلا. وقد جرى قضاء مجلس الدولة فى مصر على اعتبار انعدام الأسباب يندرج فى الطعن بمخالفة القانون من حيث قصور التسبيب الذى قام عليه الحكم، إذيكون الحكم فى هذه الحالة قد انبنى على أسباب لا تستند إلى أصول ثابتة فى للأوراق ولا يستساغ استخلاصهاالوقائع الثابتة فى الدعوى.

ويمكن إرجاع وجوه الطعن الخمسة المتقدم ذكرها إلى أركان القرار الادارى الخمسة. ذلك أن كل قرار إدارى يقوم على خمسة أركان: فهو قرار يصدره موظف مختص بإصداره، فى الشكل الذى يوجبه القانون، لانشاء مركز قانونى، صادراً عن اسباب معينة، ومستهدفاً لغاية تتفق مع المصلحة العامة. فالاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، هذه هى أركان القرار الادارى. ولكل ركن منها عيب يتصل به، ويقوم عليه وجه من وجوه الطعن فى قضاء الالغاء. فركن الاختصاص يقابله وجه الطعن بعدم الاختصاص. وركن الشكل يقابله وجه الطعن بعيب فى الشكل. وركن المحل يقابله وجه الطعن بمخالفة القانون. وركن السبب يقابله وجه الطعن بانعدام الأسباب. وركن الغاية يقابله وجه الطعن بالانحراف فى استعمال السلطة.

هذه المامة عجلى بوجوه الطعن بالالغاء، أى بأسباب بطلان القرار الادارى. وتقسم هذه الأسباب عادة إلى طائفتين: اسباب شكلية (causes formelles) وهى انعدام الاختصاص والعيب فى الشكل، واسباب مادية (causes matérielles) وهى مخالفة القانون وانعدام الأسباب والانحراف فى استعمال السلطة. ونحن نؤثر أن نرد أربعة من هذه الأسباب- انعدام الاختصاص والعيب فى الشكل ومخالفة القانون وانعدام الأسباب- إلى اصل واحد هو مخالفة القانون، ونميز عنها سبب الانحراف فى استعمال السلطة. فيكون القرار الادارى باطلا إما لأنه خالف القانون فى نصوصه وأحكامه (المتعلقة بالاختصاص او بالشكل أو بالمحل أو بالسبب)، أو لأنه خالفه فى روحه وفحواه. ذلك أن الانحراف فى استعمال السلطة عيب

يتميز بطبيعته عن غيره من العيوب. فالقرار الادارى المشوب بعيب الانحراف وحده يكون ظاهر الصحة باطن البطلان، أما القرار المشوب بعيب آخر فهو قرار باطل باطناً وظاهراً. وعيب الانحراف له من الخصائص ما يبرر تمييزه. فهو عيب باطن غير ظاهر كما قدمنا، ومن ثم فهو عيب خفى. وهو لايقوم إلا حيث يكون للادارة سلطة تقديرية (pouvoir discrétion) ومن ثم يتميز عن العيوب التى تلازم السلطة المحددة (pouvoir lié). وهو عيب احتياطى (snbsidiaire)' لا يبحث إلا عند انعدام العيوب الأخرى.

فإذا خلص لنا مما تقدم أن للقرار الادارى أركاناً خمسة، وان بطلان القرار الادارى يرجع إلى سببين رئيسيين هما مخالفة القانون والانحراف فى استعمال السلطة الادارية، وأردنا أن نجرى فى شأن التشريع على هذا النهج كما سلف القول فنجعل التشريع والقرار الادارى شيئين متماثلين، أمكن أن يكون للتشريع هو أيضاً أركان خمسة، وأن يرد البطلان فيه إلى سببين رئيسيين. فالأركان هى الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، غير أننا ندمج هنا السبب فى الغاية، لأن أسباب التشريع، وتوجد عادة فى مذكرته الإيضاحية أو فى ديباجته أو فى الأعمال التحضيرية بوجه عام، تكشف عن الغاية منه أو تعين على ذلك. والسببان الرئيسيان لبطلان التشريع هما مخالفة الدستور، والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

فنستعرض فى قسم أول من هذا البحث مخالفة التشريع للدستور. وهذا ما يقابل مخالفة القرار الإدارى للقانون، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن من أركان الاختصاص والشكل والمحل.

ونستعرض فى قسم ثان الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية، ويتعلق سبب البطلان فيه بركن الغاية.

ولما كان البحث لا يزال بكرًا، فقد آثرنا أن يكون بحثاً تحليلياً، يكثر فيه من التطبيقات، مستعرضين نصوص الدستور فى كثير من المواطن. فإذا ما مهدت شعاب البحث، وجمعت اطرافه، ووطئت اكنافه، كان للباحثين بعد ذلك أن يعمدوا إلى التركيب (synthèse)، فيستخلصوا من تطبيقاته الكثيرة مبادىء يمكن الوقوف عندها.

القسم الأول

مخالفة التشريع للدستور

(الاختصاص والشكل والمحل)

الاختصاص والشكل ركنان شكليان فى التشريع، ومن اليسير أن نكشف العيب الذى يلحق أيا منهما . ومهما يكن من أمر الخلاف فى شأن رقابة القضاء لدستورية القوانين ، فمن الواضح أن تشريعاً يصدر من جهة غير مختصة أو دون مراعاة الأوضاع الدستورية لا يستطيع القضاء أن يصبر عليه ، ولا يستسيغ لنفسه أن يطبقه فيما يعرض له من الأقضية .

أما المحل فهو ركن موضوعى فى التشريع . ولكنه يتفق مع ركنى الاختصاص والشكل فى أن كلا من هذه الأركان الثلاثة لا يجعل الدستور فيه للمشرع إلا سلطة محددة (pouvoir lié) ، إذا جوورزت كان من السهل تبين هذه المجاوزة والتعقيب عليها .

ونستعرض الآن هذه الأركان الثلاثة .

(١)
الاختصاص

صاحب الاختصاص فى التشريع هو الملك والبرلمان . وتقول المادة ٢٤ من الدستور فى هذا الصدد : « السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ والنواب » . ثم تقول المادة ٢٥ : « لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك » . والقانون هو قاعدة عامة مجردة ، وسنعود إلى هذه المسألة فى شىء من التفصيل . أما الآن فيعنينا أن نقرر أن البرلمان إذا قرر قانوناً بالمعنى المتقدم ، وصدق الملك على القانون ، فهذا القانون تشريع من الناحيتين الشكلية والموضوعية . هو تشريع من الناحية الشكلية لأنه صدر من صاحب الاختصاص فى التشريع . وهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد .

وقد يصدر التشريع، اى الحكم العام المجرد، من غير السلطة التشريعية فى الحدود التى يرسمها الدستور. وقد نص الدستور فى مواضع أربعة على منح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى تقرير تشريعات أصلية وفرعية. فتضمنت المادة ٤١ من الدستور على أن تمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى تقرير تشريعات للضرورة، تسمى مراسيم بقوانين (décrets-lois)، أو لوائح تشريعية. ونصت المادتان ٤٥ و ١٥٥ من الدستور على جواز إعلان الأحكام العرفية على الوجه المبين فى قانون خاص بهذه الأحكام، ويمنح هذا القانون السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية، وهى جزء من السلطة التنفيذية، حق إصدار أوامر عرفية لها قوة القانون. وقضت المادة ٤٤ من الدستور بمنح السلطة التنفيذية اختصاصاً فى إصدار لوائح مستقلة (autonomes) لترتيب المصالح العامة. وقضت المادة ٣٧ من الدستور باختصاص السلطة التنفيذية فى وضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، وتسمى هذه اللوائح باللوائح التنفيذية (réglements en exécution). ونضيف إلى هذه الحالات الأربع، التى منح فيها الدستور السلطة التنفيذية حق إصدار تشريعات، حالة خامسة قضى فيها العرف الدستورى بأن يكون للسلطة التنفيذية اختصاص فى تقرير لوائح البوليس، وهى لوائح مستقلة كلوائح المصالح العامة. وفى جميع هذه الحالات الخمس نرى تشريعاً، أى حكماً عاماً مجرداً، يصدر من السلطة التنفيذية. فهو تشريع من الناحية الموضوعية لأنه حكم عام مجرد، وهو قرار إدارى من الناحية الشكلية لأنه يصدر من السلطة التنفيذية.

وقد يعكس الدستور الوضع، فيجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً فى إصدار قرارات إدارية فردية. من ذلك ما نصت عليه المادة ١٣٧ من الدستور من أن عقد القروض العمومية ومنح الالتزام والاحتكار لايكون إلا بقانون، وما نصت عليه المادة ١٣٨ من أن ميزانية الدولة يجب تقديمها إلى البرلمان لفحصها واعتمادها. والنصوص التى تجعل للسلطة التشريعية اختصاصاً فى إصدار قرارات ادارية فردية ترد فى الدستور على سبيل الحصر، وسنعود إليها فى مكان آخر. وهذه القرارات الادارية التى تصدر من السلطة التشريعية هى كما قدمنا قرارات فردية وليست أحكاماً

عامة مجردة. فهى قرارات إدارية من الناحية الموضوعية لأنها فردية، وهى قوانين من الناحية الشكلية لأنها تصدر من السلطة التشريعية(١).

نسوق كل هذا لنستخلص منه بعض الحالات التى يجوز أن يكون فيها التشريع معيباً من ناحية الاختصاص. ونورد الآن أمثلة على ذلك، بعضها تشريعات تصدر من غير السلطة التشريعية في غير ما نص عليه الدستور، وبعضها قرارات إدارية تصدر من السلطة التشريعية في غير ما جعله الدستور على سبيل الحصر من اختصاص هذه السلطة.

تشرعات الضرورة:

تنص المادة ٤١ من الدستور على أنه «إذا حدث فيما بين ادوار انعقاد البرلمان ما يوجب الاسراع إلى إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، فللملك أن يصدر فى شأنها مراسيم تكون لها قوة القانون بشرط الا تكون مخالفة للدستور. وتجب دعوة البرلمان إلى إجتماع غير عادى وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له. فإذالم تعرض أو لم يقرها احد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون». ولا نعرض هنا لتشريعات الضرورة إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التى نعالجها فى هذا المقال. ونلاحظ بادىء الأمر أن المرسوم بقانون الذى يصدر بالتطبيق للمادة ٤١ من الدستور، وإن كان يعتبر تشريعاً فى موضوعه لأن يشتمل على قواعد عامة مجردة، إلا انه كما قدمنا يعتبر قراراً إدارياً. فى شكله لأنه يصدر من السلطة التنفيذية. فإذا كان باطلاً، كان لمحكمة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة أن تقضى بإلغائه بإعتباره قراراً إدارياً إذ العبرة فى اختصاص هذه المحكمة بالمعيار الشكلى لا بالمعيار الموضوعى، ذلك أن رقابتها تنبسط لا على القرارات الادارية الفردية فحسب، بل على السلطة التنفيذية ذاتها بجميع ما يصدر عنها من اعمال، سواء كانت هذه الأعمال إدارية أو تشريعية. فتقضى المحكمة فى هذه الأعمال بالالغاء ولو كانت

---

(١) وقد صدر حكم من محكمة القضاء الادارى يبسط هذه القواعد فى وضوح، ويقرر ان الأصل فى السلطة التشريعية ان تقوم باعمال التشريع، أى بوضع قواعد عامة مجردة، والخروج على هذا الأصل يقتضى نصاً صريحاً فى الدستور، والأصل فى السلطة التنفيذية ان تقوم بأعمال التنفيذ. وهى أعمال تقوم على حالات فردية ذاتية ولا شان لها بالقواعد العامة المجردة، والخروج على هذا الأصل يقتضى ايضاً نصاً صريحاً فى الدستور (محكمة القضاء الادارى فى ١٨ ابريل سنة ١٩٥٠ مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإدارى السنة الرابعة رقم ١٨١ ص ٥٧٩).

تشريعات بحسب موضوعها . وعلى العكس من ذلك إذا صدرت من السلطة التشريعية أعمال إدارية باطلة ، فإن محكمة القضاء الادارى لا تقضى بالغائها ، بل تمتنع عن تطبيقها كما تفعل فى القوانين غير الدستورية .

ونعالج الآن تشريعات الضرورة من ناحية الاختصاص . فالأصل أن الدستور جعل للسلطة التنفيذية اختصاصاً فى إصدار تشريعات عند الضرورة ، ورسم لهذا الاختصاص الاستثنائى حدوداً ضيقة . فإذا صدر تشريع من السلطة التنفيذية مجاوزاً لهذه الحدود ، كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة . وقد رأينا أن المادة ٤١ من الدستور تشترط ، لكى تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة أو اللوائح التشريعية كما يدعوها بعض الفقهاء فى مصر ، أن تلتزم هذه السلطة حدوداً فى الزمن وحدوداً فى الموضوع :

١ ـ فحدود الزمن هى أن يصدر التشريع فيما بين ادوار انعقاد البرلمان ، أى فى وقت العطلة البرلمانية . أما إذا كان البرلمان منعقداً فإنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تستقل بإصدار تشريع قبل عرضه على البرلمان ، وإلا كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة . ولا يعرف الدستور المصرى ما يسمى فى فرنسا باللوائح التفويضية ، إذ يجيز الدستور الفرنسى للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية فى إصدار مراسيم لها قوة القانون ولو وقت انعقاد البرلمان على أن تعرض على البرلمان بعد صدورها .

فإذا كان البرلمان غير منعقد ، جاز للسلطة التنفيذية فيما بين أدوار الانعقاد فى الفصل التشريعى الواحد ، بصريح النص ، أن تصدر تشريع الضرورة . بقى أن يكون البرلمان غير منعقد إما لأنه مؤجل مدة الشهر التى نص عليها الدستور فى المادة ٣٩ وإما لأن مجلس النواب قد حل وفقاً للمادة ٣٨ من الدستور . ففى هاتين الحالتين لا نكون فيما بين أدوار الانعقاد بالمعنى الحرفى لهذه العبارة ، بل نكون فى دور انعقاد واحد فى حالة التأجيل أو بين فصلين تشريعين فى حالة الحل .

فهل يجوز قياس هاتين الحالتين على حالة صدور تشريع الضرورة فى الفترة ما بين دورى انعقاد فى فصل تشريعى واحد ؟ نقتصر هنا على الاشارة إلى أن الفقه فى مصر لايرى القياس لأسباب ثلاثة . أولها أن نص

المادة ٤١ من الدستور نص استثنائي فلا يصح التوسع فيه ، ويجب قصره في حدود الزمن على ما بين أدوار الانعقاد كما يقضي صريح النص . والسبب الثاني أن النص الفرنسي للمادة ٤١ من الدستور المصرى يوجب دعوة البرلمان فوراً immédiatement إلى الانعقاد في دور غير عادى ، وهذا لا يتهيأ فى حالة التأجيل لأن البرلمان إذا دعى فى فترة التأجيل دعى إلى دور عادى ، ولا فى حالة الحل لأن مجلس النواب يكون فى هذه الحالة غير موجود فلا تتسنى دعوة البرلمان فوراً لا إلى دور عادى ولا إلى دور غير عادى . والسبب الثالث أن الدستور إذا كان قد اطمأن إلى السلطة التنفيذية فخول لها إصدار تشريعات الضرورة فيما بين أدوار الانعقاد . فذلك لأنها على وفاق مع السلطة التشريعية وستعرض عليها هذه التشريعات فوراً فى دور غير عادى . أما فى حالتى التأجيل والحل فالسلطة التنفيذية على خلاف مع السلطة التشريعية ، وما يجوز فى حالة الوفاق لايجوز فى حالة الخلاف .

ولكن العمل جرى على جواز صدور مراسيم بقوانين فى أثناء حل مجلس النواب وفى أثناء تأجيل البرلمان . وقع ذلك فى الفترة ما بين فبراير وابريل سنة ١٩٣٨ وفى الفترة ما بين نوفبر سنة ١٩٤٤ ويناير سنة ١٩٤٥ وفى الفترة ما بين نوفمبر سنة ١٩٤٩ ويناير سنة ١٩٥٠ وكان مجلس النواب فى أثناء هذه الفترات محلولا . ووقع ذلك أيضاً فى فترة تأجيل البرلمان فى شهر مارس سنة ١٩٥٢ وفى فترة حله بعد ذلك .

ولا شك فى أن الفقه على حق من الناحية العلمية فى تفسيره للمادة ٤١ من الدستور هذا التفسير الضيق ، فالنص لا يعرض إلا لفترة حددها هى الفترة ما بين أدوار الانعقاد ، فخرجت فترة التأجيل والفترة ما بين فصلين تشريعيين لحل مجلس النواب وذلك للأسباب التى تقدم ذكرها . وقد راعى دستور سنة ١٩٣٠ أن يتسع النص لفترة الحل فجرى على الوجه الآتى : «إذا حدث فيما بين أدوار الانعقاد أو فى فترة الحل . . . » . على أن الأمر يقتضى إمعاناً فى النظر . إذ يبقى بعد ذلك أن نرى ماذا تفعل السلطة التنفيذية إذا قامت حالة من حالات الضرورة لتشريع مستعجل فى فترة الحل أو فترة التأجيل ؟ يذهب أكثر الفقهاء إلى تطبيق أحكام نظرية الضرورة فى هذه الحالة . وقد جرى العمل فى انجلترا وأمريكا ، إذا تخذت

إجراءات غير دستورية اقتضتها الضرورة. أن يصدر بعد إنتهاء حالة الضرورة هذه ما يسمى بقانون التضمينات (bill of indemnity) ليبرئ السلطة التنفيذية من المسئولية عما اتخذته من إجراءات غير دستورية. وحدث في فرنسا أن أصدرت الحكومة في غيبة البرلمان مراسيم تشريعية اقتضتها الضرورة، فأصدر البرلمان بعد ذلك سلسلة من القوانين في ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ وفي ٣ من أغسطس سنة ١٩١٥ نص فيها على أن هذه المراسيم التشريعية التي صدرت في حالة الضرورة يقرها البرلمان بتشريع ليصبح لها قوة القانون من تاريخ صدورها. فيجاز مرسوم الضرورة بقانون من قوانين الاجازة أو الاقرار (loi de rectification ou de confirmation). ومن ذلك يظهر الفرق واضحاً بين مرسوم تشريعي يصدر وفقاً للمادة ٤١ من الدستور ومرسوم تشريعي يصدر وفقاً لأحكام الضرورة. فإن المرسوم إذا لم يقره احد المجلسين سقط في الحالة الثانية بأثر رجعي، وبقيت آثاره في الحالة الأولى فلا يسقط إلا من وقت عدم الاقرار. على أن هناك من يذهب إلى أن مرسوم الضرورة تشريع كامل يبقى قائماً إلى ان ينسخ بتشريع آخر. فلا يسقط بأثر رجعي، ويجب لنسخه موافقة كل من المجلسين إذا كان البرلمان منعقداً، وبهذا الرأى افتى أحد المستشارين الملكيين في عهد سابق. ويتبين من ذلك أن أمر الضرورة في أحكامها العامة غير منضبط. فمرسوم الضرورة. في رأى، ينزل في القوة عن مرسوم تشريعي صدر وفقاً للمادة ٤١ ويعلو على هذا المرسوم التشريعي في رأى آخر. فإذا اضفنا إلى ذلك أن المادة ٤١ ليست في حقيقة امرها إلا التطبيق التشريعي لنظرية الضرورة في حالة معينة، تبين أن الرأى القائل بتطبيق المادة ٤١ كلما اقتضت الضرورة السلطة التنفيذية إصدار مرسوم تشريعي في حالتي التأجيل والحل إنما هو رأى يواجه بعض الحاجات العملية. ومهما يكن من أمر فإن هناك فترة، لم تتحقق حتى اليوم في تاريخ الدستور المصرى، هي الفترة ما بين فصلين تشريعيين عن تجديد مجلس النواب تجديداً عادياً في غير حالة الحل. فقد نصت المادة ١١٤ من الدستور على أن «تجرى الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب في خلال الستين يوماً السابقة لانتهاء مدة نيابته». ومقتضى هذا النص أن مجلس النواب الجديد يوجد عقب إنتهاء مجلس النواب القديم. ومن الطبيعي، حتى إذا تمت الانتخابات في اثناء العطلة

١

البرلمانية، أن الحكومة تدعو البرلمان إلى الانعقاد حتى يتمكن المجلس الجديد من تنظيم أعماله الداخلية في حالة تجديد المجلس تجديداً غابياً، كما تطلب في حالة الحل، تحديد لاجتماع المجلس الجديد. فإذا لم تدع الحكومة البرلمان إلى الانعقاد قبل يوم السبت الثالث من شهر نوفمبر، اجتمع البرلمان بحكم القانون في اليوم المذكور. وتفصل في كل حال فترة من الزمن بين قيام المجلس الجديد وانعقاد البرلمان، حتى ولو دعى البرلمان للانعقاد قبل ذلك. فإذا اقتضت الضرورة إصدار تشريع مستعجل في هذه الفترة، أيجوز للحكومة الالتجاء إلى المادة ٤١ لاصدار هذا التشريع بالرغم من أن العطلة البرلمانية هنا هي فترة ما بين فصلين تشريعيين لا فترة ما بين دورى انعقاد يبدو أن الحرج من الالتجاء إلى المادة ٤١ في هذه الحالة اقل منه في حالة الحل، إذ لايوجد هنا خلاف ظاهر بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وفي استطاعة الحكومة أن تدعو البرلمان إلى اجتماع غير عادى لتعرض عليه المرسوم التشريعي الذى اضطرت إلى إصداره.

ويبقى، قبل أن نترك حدود الزمن، أن نلاحظ ما وقع في تاريخ مصر الدستورى من وقف العمل بالدستور أو استبدال دستور آخر به. فقد نص، في فترة وقف الدستور أو في فترة الانتقال إلى دستور آخر، على أن تتولى السلطة التنفيذية التشريع عن طريق إصدار مراسيم لها قوة القانون، فهذه المراسيم تعتبر تشريعات كاملة لا تلغى إلا بتشريعات أخرى يوافق عليها المجلسان معاً إذا عادا إلى الوجود، ذلك أنها لم تصدر تطبيقاً للمادة ٤١، بل صدرت تطبيقاً لأمر ملكي يقضي بأن تتولى السلطة التنفيذية التشريع. فكل تشريع صدر على هذا الوجه يعتبر في قوة التشريع الذى صدر عن البرلمان، إذ هو - كما قالت محكمة النقض - «تشريع صادر من سلطة مختصة لايمكن إلغاؤه إلا بتشريع آخر من السلطة ذاتها أو ممن يحل محلها في التشريع على الوجه الذي يحدد لاختصاص من يحل محلها».

٢ ـ وحدود الموضوع هي أن يكون التشريع من التدابير التي لا تحتمل التأخير. وهذا هو مظهر الضرورة. وتقديرها متروك للسلطة التنفيذية. فتستطيع هذه السلطة أن تشرع في حدود الضرورة وبقدرها. ولها، في هذه الحدود، أن تنسخ تشريعاً أقره البرلمان. ولكن ليس لها أن تخالف الدستور. وقد ورد نص المادة ٤١ صريحاً في اشتراط عدم

مخالفة الدستور ، وهو شرط بديهي ، فإن التشريع الذى يقرره البرلمان لايجوز أن يخالف الدستور ، فأولى بالتشريع الذى تصدره السلطة التنفيذية إلا يكون مخالفاً له . على أن تصريح المادة ٤٦ بهذا الشرط مفيد من ناحيتين . فهو ، من ناحية ، ينبه إلى أمر خطير قد تغفله السلطة التنفيذية وهى تحت ضغط الحاجة إلى إتخاذ تدابير استثنائية . وهو ، من ناحية أخرى ، يفسح مجالا للقول بتحريم المرسوم التشريعي فى المسائل التى ينص الدستور صراحة على أن يكون تنظيمها بقانون ، فلا يجوز تنظميها عن طريق مراسيم الضرورة ، وذلك مثل تنظيم الحريات والحقوق العامة ومثل تعديل قانون الأحكام العرفية . وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر .

فإذا التزمت السلطة التنفيذية حدود الزمن وحدود الموضوع التى تقدم ذكرها ، كانت مختصة بإصدار تشريعات الضرورة على الوجه الذى بيناه . وهذه التشريعات تكون لها منذ صدورها قوة القانون . ولكن يجب على السلطة التنفيذية أن تدعو البرلمان إلى إجتماع غير عادى ، وأن تعرضها عليه فى أول اجتماع له ، وإلا يرفضها أى من المجلسين(١) . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، بقى لتشريع الضرورة قوته القانونية بوجه نهائى ، ولا يجوز إلغاؤه إلا بقانون يقرره البرلمان أو بمرسوم له قوة القانون طبقاً للمادة ٤١ . ولكنه يبقى من الناحية الشكلية مرسوماً بقانون ، أى قراراً إداريا ، ولا ينقلب إلى قانون . أما إذا اختل أحد هذه الشروط ، بأن لم يدع البرلمان إلى إجتماع غير عادى ، أو دعى ولكن لم يعرض عليه التشريع فى أول اجتماع ، أو عرض التشريع ولكن رفضه أحد المجلسين ، زالت عن التشريع قوته القانونية من وقت تخلف الشرط الذى اختل ، وتبقى له قوته القانونية فيما قبل ذلك . فلا يكون لزوال القوة القانونية عنه إذن أثر رجعى .

والذى يعنينا هنا ، بعد أن بينا الحدود التى تكون فيها السلطة التنفيذية مختصة بإصدار تشريعات الضرورة ومدى ما لهذه التشريعات من قوة قانونية ، أن نعرض لأوجه الطعن التى يمكن التمسك بها عند مخالفة هذه الحدود والضوابط . فعندنا أنه يجب التمييز بين حالات ثلاث :

---

(١) وإن كان البرلمان مجتمعاً من قبل فى دور غير عادى وجب عرض التشريعات عليه .

(الحالة الأولى) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الزمن ، بأن صدر والبرلمان منعقدا مثلا ، فالطعن فيه يكون عن طريق انه صدر من جهة غير مختصة كما سبق القول . (والحالة الثانية) إذا جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع . فإن جاوزها من ناحية أن الضرورة غير قائمة . فالطعن فيه يكون عن طريق الانحراف في استعمال السلطة لأن الضرورة أمر يدخل في حدود السلطة التقديرية . ونلاحظ هنا أن تشريع الضرورة ، وهو مرسوم بقانون ، يعتبر قراراً إدارياً من الناحية الشكلية . فبطلانه لانعدام الضرورة يكون لانحراف في استعمال السلطة الادارية . ويلغى المرسوم بقانون إذا طعن فيه بطريق مباشر ، شأنه في ذلك شأن أى قرار إدارى باطل . وإن جاوز تشريع الضرورة حدود الموضوع من ناحية أنه مخالف للدستور ، فالطعن فيه يكون عن طريق هذه المخالفة لأن السلطة هنا سلطة محددة لا سلطة تقديرية . (الحالة الثالثة) إذا جاوز تشريع الضرورة مدى قوته القانونية ، بأن تخلف شرط من الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها فزالت عنه هذه القوة ، فيكون التشريع غير موجود . والطعن فيه إذا هو طبق بعد ذلك يكون عن طريق مخالفة الدستور .

هذه هى الرقابة القضائية التى تبسط على تشريعات الضرورة . ويحسن أن نشير إلى الفرق بين هذه الرقابة والرقابة البرلمانية . فالبرلمان من شأنه أن يقدر ، عند عرض التشريع عليه ، ما إذا كان من المناسب أن يوافق على احكامه ، فتبقى للتشريع قوته القانونية ، أو الا يوافق عليها ، فتزول هذه القوة من غير أثر رجعى . أما القضاء فعليه أن يراقب توافر الشروط التى تقدم ذكرها من حدود فى الزمن وحدود فى الموضوع . فإن اختل شرط منها الغى التشريع باعتباره مرسوماً باطلا منذ البداية ، أى بأثر رجعى . ثم عليه ايضاً أن يراقب فى تشريع الضرورة مدى قوته القانونية ، فإن جاوزها بتخلف شرط من الشروط الثلاثة التى تقدم ذكرها اعتبره تشريعاً قد زالت عنه القوة القانونية منذ تخلف هذا الشرط ، أى بدون أثر رجعى .

ولا نرى ثمة ما يمنع البرلمان من أن يراقب هو أيضاً توافر الشروط فى تشريع الضرورة ، فينتقل من رقابة الملاءمة (contrôle de l'opportunité) إلى رقابة المشروعية (contrôle de la légalité) ، ويشترك فى هذه الرقابة

الأخيرة مع القضاء. ومن ثم يجوز لأحد المجلسين أن يعلن أن تشريع الضرورة قد صدر وقت انعقاد البرلمان، أو أن حالة الضرورة لم تكن قائمة، أو أن التشريع مخالف للدستور، فيكون المرسوم بقانون باطلاً منذ البداية بأثر رجعي، لا منذ عدم إقراره بأثر غير رجعي كما هو الأمر في رقابة الملاءمة. ولكن القضاء لا يتقيد بما يذهب إليه البرلمان في ذلك، إذ للقضاء وحده الكلمة الأخيرة في رقابة المشروعية.

وننتقل الآن من تشريعات الضرورة إلى الأحكام العرفية.

الأحكام العرفية:

تنص المادة ٤٥ من الدستور على أن «الملك يعلن الأحكام العرفية. ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها. فإذا وقع ذلك الإعلان في غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة». وتنص المادة ١٥٥ من الدستور على أنه «لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من أحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب أو أثناء قيام الأحكام العرفية وعلى الوجه المبين في القانون. وعلى أى حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور».

ولا نعرض هنا أيضاً للأحكام العرفية إلا بمقدار اتصالها بمسألة الاختصاص التي هي موضوع البحث. ويتبين من النصين الدستوريين المتقدمي الذكر أن السلطة التنفيذية تكون مختصة بإصدار تشريعات في حالة اعلان الأحكام العرفية إذا توافر شرطان: (الشرط الأول) أن تعلن هذه الأحكام على الوجه المبين في الدستور، ويكون ذلك بإصدار مرسوم بإعلان الأحكام العرفية في إحدى الحالات التي يبينها القانون، ويعرض هذا المرسوم فوراً على البرلمان، ولو في دور غير عادى، ليقرر استمرار هذه الأحكام أو زوالها دون أن يكون لزوالها اثر رجعي. (والشرط الثاني) أن تصدر السلطة التنفيذية هذه التشريعات العرفية في حدود الأحكام التي يبينها القانون.

وقد صدر هذا القانون فعلا قبل نفاذ الدستور ذاته، وهو القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣ الخاص بنظام الأحكام العرفية، يبين الحالات التي يجوز

فيها إعلان هذه الأحكام ويرسم حدود اختصاص السلطة القائمة على إجرائها. ومن ذلك يرى أن نظام الأحكام العرفية في مصر نظام دستوري لا نظام مطلق. إذ هو يخضع لمبدأ المشروعية (principe de légalité) بخضوعه للدستور وللقانون، ومن ثم تنبسط عليه رقابة القضاء. ففي الحدود التي بينها الدستور وقانون الأحكام العرفية، تكون السلطة التنفيذية مختصة بإصدار أوامر عرفية، فردية أو تنظيمية. وتكون للأوامر التنظيمية قوة القانون. ونذكر في إيجاز هذه الحدود طبقاً لقانون الأحكام العرفية الصادر في سنة ١٩٢٣ والقوانين المكملة له. حتى إذا تبين أن السلطة العرفية جاوزتها في أحد التشريعات التي تصدرها. أمكن القول إن هذا التشريع باطل لعيب في الاختصاص.

فقد نصت المادة الأولى من قانون الأحكام العرفية على أنه «يجوز إعلان الأحكام العرفية كلما تعرض الأمن أو النظام العام في الأراضي المصرية أو في جهة منها للخطر، سواء كان ذلك بسبب خطر إغارة قوات العدو المسلحة أو بسبب وقوع اضطرابات داخلية». ويضيف القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٨ إلى الحالتين المتقدمتين حالة جديدة موقتة هي «تأمين سلامة الجيوش المصرية وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها وغير ذلك مما يتعلق بحركاتها وأعمالها العسكرية خارج المملكة المصرية».
وحددت المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية اختصاصات القائم على إجراء هذه الأحكام. فهي محصورة في مراقبة السلاح والتفتيش والرقابة على الصحف والرسائل وتحديد مواعيد العمل في المحال العمومية وإعادة الأشخاص إلى مقر ولادتهم أو توطنهم والقبض على المتشردين والمشتبه فيهم ومنع الاجتماعات العامة ومنع التجول في ساعات معينة وتنظيم استعمال وسائط النقل وإخلاء بعض الجهات أو عزلها والاستيلاء على وسائط النقل والمصالح والمصانع والمحلات الصناعية والعقارات والمنقولات والتكليف بأي عمل من الأعمال. وأجاز النص لمجلس الوزراء أن يضيق دائرة الحقوق المتقدمة أو أن يرخص في اتخاذ أي تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام في كل الجهة التي أجريت فيها الأحكام العرفية أو في بعضها.

وفي الحدود المتقدمة الذكر يجوز للقائم على إجراء الأحكام العرفية - كما تنص المادة ١٥٥ من الدستور - تعطيل أى حكم من أحكام الدستور بقرار فردى أو قرار تنظيمى ، إلا أن يعطل انعقاد البرلمان متى توافرت فى انعقاده الشروط المقررة . وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر . ومتى جاز بأمر عرفى تعطيل الدستور ، جاز من باب أولى تضمين قانون الأحكام العرفية نصاً يعطل حكماً من أحكام الدستور غير انعقاد البرلمان . ولما كان قانون الأحكام العرفية هو بمثابة الدستور للأوامر العرفية التى تصدر حدود أحكامه ، فلا يجوز بأمر عرفى تعديل هذا القانون .

وتبين مما تقدم أنه إذا صدر إجراء من السلطة التنفيذية فى الحدود التى رسمها الدستور والقانون ، كما إذا أعلنت الأحكام العرفية ولم يعرض الإعلان فورا على البرلمان ، أو أعلنت فى غير الحالات التى حددها القانون ، أو جاوزت السلطة القائمة على إجرائها حدود اختصاصاتها ، كان الذى يصدر فى هذه الحالة إجراء باطلا لصدوره من جهة غير مختصة .

وقبل أن نترك موضوع الأحكام العرفية ، ونحن لم نتناوله إلا بقدر ما يتصل بمسالة الاختصاص كما سبق القول ، يعنينا أن نذكر مرة أخرى أن نظام الأحكام العرفية فى مصر ، مهما كانت اختصاصات القائم على إجرائها واسعة ، هو نظام دستورى لا نظام مطلق ، ثم هو نظام استثنائى لا نظام طبيعى ، ومن ثم وجب أن يراعى فى شأنه الضوابط الآتية :

(أولا)تفسر النصوص القانونية المتعلقة بهذا النظام تفسيرا ضيقاً . فلا يجوز التوسع فيها . فإذا ورد لفظ يحتمل معنيين ، كلفظ « المتشردين والمشتبه فيهم » الوارد فى المادة الثالثة من قانون الأحكام العرفية ، وجب تفسيره لا بالمعنى الواسع بل بالمعنى الضيق المحدد فى قانون المتشردين والمشتبه فيهم ، وذلك حماية للحريات والحقوق العامة . وإذا أجاز قانون الأحكام العرفية لمجلس الوزراء أن يزيد فى اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام ، وجب أن تكون هذه الزيادة بقدر ما تقتضيه الضرورة ، وبالنسبة إلى تدابير معينة بالذات ، فلا تجوز زيادة الاختصاصات فى عبارة عامة دون تخصيص للتدابير المراد إضافتها ، ولا فى ذات المرسوم الذى يعين القائم على إجراء الأحكام العرفية .

(ثانياً) للأحكام العرفية حدود تقف عندها ولا يصح أن تجاوزها، وهذه الحدود تتلخص في حاجات الجيش والتموين وصون الأمن والنظام العام. فأى أمر عرفى، تنظيمياً كان أو فردياً، لا يكون داخلاً فى هذه الحدود، يكون باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة. ونلاحظ فى هذه المناسبة أن الأمر العرفى التنظيمى، وهو التشريع الذى يصدر من السلطة العرفية، يعتبر، من ناحيه الشكل، قراراً، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(ثالثاً) المرسوم الذى يعلن الأحكام العرفية هو وحده الذى يعتبر عملا من أعمال السيادة، فلا يخضع لرقابة القضاء. أما الأوامر العرفية، وهى الإجراءات والتدابير التى تتخذ فى ظل هذه الأحكام تنفيذاً لها، فهى قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء سواء كانت قرارات فردية أو قرارات تنظيمية. ويستوى فى ذلك أن تكون هذه القرارات صادرة عن سلطة محددة أو عن سلطة تقديرية، على أن يترك القضاء للقائم على إجراء الأحكام العرفية مجالا واسعاً فى استعمال سلطته التقديرية[1].

(رابعا) قوانين التضمينات التى تعقب عادة إنتهاء الأحكام العرفية، لرفع المسئولية عن السلطة التى قامت بإجراء هذه الأحكام، يجب أن تكون مقصورة على التدابير والاجراءات التى اتخذت فى حدود الاختصاصات المخولة لهذه السلطة، فترفع المسئولية عنها دون غيرها من التدابير والاجراءات التى جاوزت هذه الحدود. وسنعود لهذا الموضوع فى مكان أخر، فنبحث دستورية قوانين التضمينات، من حيث عمومها وتجردها ومن حيث الأحكام التى تشتمل عليها.

اللوائح والقرارات التنفيذية واللوائح الادارية المستقلة:

نصت المادة ٣٧ من الدستور على أن «الملك يضع اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها». ونصت المادة ٤٢ من الدستور على أن «الملك يرتب المصالح العامة». ونصت المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على أن «من خالف أحكام اللوائح

(١) محكمة القضاء الادارى فى دوائرها المجتمعة فى ١٠ مايو ١٩٥٢ القضية رقم ٦٩٤ السنة السادسة القضائية.

العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الادارة العمومية أو البلدية أو المحلية يجازي بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط الا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات. فإن كانت العقوبة المقررة في اللوائح زائدة عن هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها. فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف احكامها بدفع غرامة لاتزيد على خمسة وعشرين قرشاً».

ويتبين من هذه النصوص أن السلطة التنفيذية تختص بإصدار تشريعات غير رئيسية - فوق التشريعات الرئيسية التى تختص بإصدارها فى حالة الضرورة وفى حالة إعلان الأحكام العرفية - فى حدود رسمها الدستور. وهذه التشريعات غير الرئيسية قسمان. فهى إما تكون لوائح وقرارات تنفيذية لتشريعات رئيسية، وإما أن تكون لوائح مستقلة (autonomes) مصلحية أو بوليسية.

والأصل أن السلطة التنفيذية لا تتولى التشريع كما قدمنا، فهذا ليس من اختصاصها. وإذا تولته فى حالات استثنائية، فإنما يكون اختصاصها فى ذلك مبنياً على نص دستورى، كما هى الحال فى اللوائح والقرارات التنفيذية وفى اللوائح المصلحية حيث خولت المادتان ٣٧ و ٤٤ من الدستور السلطة التنفيذية هذا الاختصاص، وكما هى الحال فى اللوائح البوليسية وهى لوائح توضع لحفظ الأمن (sécurité) والصحة (salubrité) والسكينة (tranquillité) حيث خول السلطة التنفيذية هذا الاختصاص عرف دستورى معترف به وقد أقرته المادة ٣٩٥ من قانون العقوبات على الوجه الذى قدمناه. وقد رأينا أن المادتين ٤١ و ١٥٥ من الدستور تجعلان للسلطة التنفيذية حق إصدار تشريع رئيسى. الأولى فى حالة الضرورة، والثانية فى حالة إعلان الأحكام العرفية.

ولسنا هنا فى صدد بحث اللوائح الادارية التنفيذية منها والمستقلة، إلا من ناحية الاختصاص. ويحسبنا أن نذكر أن اختصاص التشريع فى هذه الدائرة المحدودة إنما أعطى للسلطة التنفيذية بمقتضى الدستور ذاته، نصاً أو عرفاً. وما كان يجوز تخويل الادارة اختصاصاً فى التشريع إلا عن طريق الدستور. أما القول بأن السلطة التشريعية فوضت الادارة فى التشريع فقول أصبح الآن مهجوراً. لأن السلطة التشريعية لايجوز لها أن

تفوض جهة أخرى فيما جعله الدستور من اختصاصها هي . وإذا وجد نص في أحد القوانين يكلف السلطة التنفيذية أن تصدر من اللوائح والقرارات ما تنفذ به أحكام هذا القانون . فهذا لايعتبر تفويضاً للادارة في التشريع ، بل هي دعوة من السلطة التشريعية للادارة أن تباشر اختصاصها المنصوص عليه في المادة ٢٧ من الدستور .

في هذه الحدود الضيقة التي رسمها الدستور او العرف الدستوري ، تكون الادارة مختصة بالتشريع . فإذا هي جاوزت هذه الحدود ، وأصدرت تشريعاً لايكون تنفيذيا أو مصلحياً أو بوليسياً ، كان هذا التشريع باطلا لصدروه من جهة غير مختصة .

واكثر ما يكون ذلك عندما تصدر الادارة لائحة تنفيذية تتعارض مع التشريع الأصلي أو تعدله او تعطله او تعفي من تنفيذه . فتكون هذه اللائحة باطلة . لا لمخالفتها للتشريع فحسب ، بل ايضاً لصدروها من جهة غير مختصة .

كذلك إذا أصدرت الادارة لائحة ليست تنفيذا لتشريع او ترتيباً لمصلحة عامة او تنظيما لشأن من شؤون البوليس . كانت هذه اللائحة باطلة لصدروها من جهة غير مختصة . فلا يجوز إذن للادارة ان تتناول بتنظيم تشريعي شأناً من شؤون الحريات العامة أو حقاً من الحقوق العامة للأفراد كالحرية الشخصية او حرية التجارة او حق الملكية او حق العمل ولا يجوز لها بنوع خاص أن تنظم بتشريع تصدره مسألة من المسائل التي نص الدستور على ان يكون تنظيمها بقانون . والعكس غير صحيح . فلا شيء يمنع السلطة التشريعية من ان تصدر لوائح تنفيذية او مصلحية او بوليسية بقوانين يقررها البرلمان . ولا تكون هذه القوانين باطلة لصدورها من جهة غير مختصة . ذلك أن البرلمان هو صاحب السلطة التشريعية في الأصل . فهو يشارك السلطة التنفيذية فيما تختص به من تشريعات غير رئيسية . وينفرد بالاختصاص في التشريعات الرئيسية .

تشريع يصدر من جهة قضائية :

راينا فيما قدمناه كيف يصدر تشريع من جهة إدارية ، ورسمنا الحدود التي تكون فيها الجهة الادارية مختصة بالتشريع . ونتصور الآن تشريعاً يصدر لا من جهة إدارية . بل من جهة قضائية ، فهل يكون هذا التشريع صحيحاً ؟

السلطة القضائية لا تختص بالتشريع أصلا. واختصاصها مقصور على الفصل في الخصومات، عن طريق قضائي أو عن طريق ولائي. فإذا جاوز القضاء حد الفصل في خصومة معينة، وقرر في حكم من أحكامه قاعدة عامة مجردة، لم تكن لهذه القاعدة قوة القانون إلا بقدر ما تكون تعبيراً صحيحاً عن القانون بالذات. فإن لم تكن كذلك فلا قوة لها، ويجوز لمحكمة أخرى أن تخالفها، بل تجوز المخالفة من المحكمة ذاتها التي أصدرت القاعدة. والحال غير ذلك في القانون الانجليزي، فإن هذا القانون يعترف بالقضاء مصدراً من مصادره. وكان للمحاكم الفرنسية في العهود التي سبقت الثورة- وكانت هذه المحاكم تسمى بالبرلمانات (parlements) - الحق في إصدار قواعد عامة مجردة هي تشريعات حقيقية، فقضت الثورة الفرنسية على هذا الاختصاص. وأصبح الآن مسلماً أن المحكمة إذا أصدرت تشريعاً كان التشريع باطلا لصدوره من جهة غير مختصة.

وقد نصت المادة ٣٨ من قانون مجلس الدولة على أنه «إذا تبين لمجلس الدولة أو لقسم من أقسامه في صدد بحث مسألة عرضت عليه أن التشريع غامض أو ناقص، رفع إلى وزير العدل تقريراً في هذا الشأن». وظاهر أن هذا ليس اختصاصاً تشريعياً. وليس في الأمر إلا دعوة لمجلس الدولة أن ينبه وزير العدل إلى تشريع غامض أو ناقص، لعله أن يتدارك الأمر بالرجوع إلى السلطة التشريعية صاحبة الشأن وحدها في إزالة الغموض وفي إستكمال النقص.

ثم إن المادة ١٨ من قانون مجلس الدولة تنص على أنه «فيما عدا مواعيد رفع الدعوى يجوز للجمعية العمومية لمحكمة القضاء الاداري أن تعدل مواعيد الاجراءات وأن تعين مواعيد للاجراءات التي لم تعين لها مواعيد في هذا القانون. وتكون قرارات الجمعية الصادرة في هذا الشأن نافذة بعد التصديق عليها بقرار من وزير العدل ونشره في الجريدة الرسمية». ونلاحظ في صدد هذا النص أن الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الاداري قد وكل لها المشرع تعيين مواعيد الاجراءات، فيما عدا مواعيد رفع الدعوى، بوصف أنها هيئة إدارية لا هيئة قضائية، ومن ثم جاز للمشرع أن يتطلب تصديق وزير العدل على قرارتها الصادرة في هذا

الشأن . وتكون هذه القرارات بمثابة قرارات تنفيذية لتشريع رئيسي ، هو قانون مجلس الدولة ، الذي بسط الإجراءات للسلطة التنفيذية ، ممثلة في الجمعية العمومية لمحكمة القضاء الإداري وفي وزير العدل ، تتكفل بتعيينها ابتداء أو بتعديل ماتم تعيينه منها .

اما الاختصاصات التي خولها قانون مجلس الدولة لقسم التشريع وللجمعية العمومية لقسمي الرأى والتشريع فى صياغة مشروعات القوانين ومشروعات القرارات التنظيمية وفى مراجعتها فهى أيضاً اختصاصات تشريعية ، وفي حدود هذه الاختصاصات يعتبر مجلس الدولة سلطة إدارية ذات اختصاص تشريعي .

عمل ادارى يصدر من البرلمان دون أن ينص الدستور على اختصاص البرلمان به :

وننتقل هنا إلى وضع عكسي ، فنعرض لا إلى عمل تشريعي يصدر من غير البرلمان ، بل إلى عمل إدارى يصدر من البرلمان .

والأصل كما قدمنا أن البرلمان مختص بالتشريع لابالتنفيذ ، فهوإذن غير مختص بالأعمال الإدارية . إلا أن الدستور وكل إليه اختصاصاً فى أعمال إدارية بالذات ذكرها على سبيل التحديد والحصر . فإذا صدرت منه كانت صادرة من جهة مختصة . وهذه الأعمال بعضها يصدر من البرلمان فى صورة قانون . وبعض آخر يصدر من أحد المجلسين فى صورة قرار .

اما الأعمال التى تصدر من البرلمان فى صورة قانون ، فقد حددها الدستور فى الأعمال الآتية .

(أولا) القروض العامة . والتعهد بإنفاق مبالغ من الخزانة لسنوات مقبلة . والتزام المرافق العامة . والاحتكار . وإنشاء الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الرى التى تهم اكثر من مديرية وإبطالها . والتصرف المجانى فى أملاك الدولة (١) .

---

(١) وقد جمعت هذه الأعمال المادة ١٣٧ من الدستور وتجرى على الوجه الآتى :

«لايجوز عقد قرض عمومى ولا تعهد قد يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة فى سنة او سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان . وكل التزام موضوعه استغلال موارد من مورد الثروة الطبيعية فى البلادأو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لايجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود ـ يشترط اعتماد البرلمان مقدماً فى إنشاء او إبطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر اعمال الرى التى تهم اكثر من مديرية ، وكذلك فى كل تصرف مجانى فى أملاك الدولة» .

(ثانياً) الميزانية، والاعتمادات الإضافية، والحساب الختامي (١).

(ثالثاً) قيام الأحكام العرفية، وإعلان الحرب الهجومية، والتصديق على المعاهدات (٢).

(رابعاً) العفو الشامل (٣).

(خامساً) تعيين مخصصات الملك هو وأوصياء العرش والبيت المالك، وتعيين خلف له على العرش إذا لم يكن هناك من يخلفه. وإجازته في أن يتولى مع ملك مصر أمور دولة أخرى (٤).

---

(١) فقد نصت المادة ١٣٨ من الدستور على ان «الميزانية الشاملة لايرادات الدولة ومصروفاتها يجب تقديمها إلى البرلمان قبل ابتداء السنة المالية بثلاثة شهور على الأقل لفحصها واعتمادها. والسنة المالية يعينها القانون. وتقر المزانية باباً باباً». ونصت المادة ١٤٣ من الدستور على ان «كل مصروف غير وارد بالمزانية او زائد على التقديرات الواردة بها يجب ان يأذن به البرلمان». ونصت المادة ١٤٤ من الدستور على ان «الحساب الختامي للادارة المالية عن العام المنقضي يقدم إلى البرلمان في مبدأ كل دور انعقاد عادي لطلب اعتماده». ونصت المادة ١٦٦ من الدستور على انه «إذا استحكم الخلاف بين المجلسين على تقرير باب من ابواب الميزانية يحل بقرار يصدر من المجلسين مجتمعين بهيئة مؤتمر بالأغلبية المطلقة. ويعمل بذلك إلى أن يصدر قانون بما يخالفه». انظر المادة ١٤٥ من الدستور فيما يتعلق بمزانية وزارة الأوقاف.

(٢) فقد نصت المادة ٤٥ من الدستور على ان «الملك يعلن الأحكام العرفية. ويجب أن يعرض إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها او إلغاءها. فإذا وقع ذلك الاعلان في غير دور الانعقاد وجبت دعوة البرلمان للاجتماع على وجه السرعة». ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من الدستور على ما يأتي: «على ان إعلان الحرب الهجومية لايجوز بدون موافقة البرلمان. كما ان معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في اراضي الدولة او نقص في حقوق سيادتها او تحميل خزانتها شيئاً من النفقات او مساس بحقوق المصريين العامة او الخاصة لاتكون نافذة إلا إذا وافق عليها البرلمان».

(٣) فقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور على «العفو الشامل لايكون إلا بقانون».

(٤) فقد نصت المادة ٥٦ من الدستور على انه «عند تولية الملك تعين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه. ويعين القانون مرتبات اوصياء العرش على ان تؤخذ من مخصصات الملك». ونصت المادة ٥٣ من الدستور على انه «إذا لم يكن من يخلف الملك على العرش فللملك ان يعين خلفاً له مع موافقة البرلمان مجتمعاً في هيئة مؤتمر. ويشترط لصحة قراره في ذلك حضور ثلاثة أرباع كل من المجلسين واغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين». ونصت المادة ٥٤ من الدستور على انه «في حالة خلو العرش لعدم وجود من يخلف الملك او لعدم تعيين خلف له وفقاً لأحكام المادة السابقة يجتمع المجلسان بحكم القانون فوراً في هيئة مؤتمر لاختيار الملك ويقع هذا الاختيار في مدى ثمانية أيام من وقت اجتماعهما. ويشترط لصحته حضور ثلاثة ارباع كل من المجلسين واغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين». ونصت المادة ٤٧ من الدستور على انه «لايجوز للملك ان يتولى مع ملك مصر امور دولة اخرى بغير رضاء البرلمان. ولا تصح مداولة اي من المجلسين في ذلك إلا بحضور ثلثي اعضائه على الأقل. ولا يصح قراره إلا بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين».

(سادساً) أعمال إدارية أخرى وقتية، تولاها الدستور ذاته طبقاً لما ورد فيه من الأحكام[1].

ويلاحظ أن جميع الأعمال التي تقدم ذكرها هي أعمال إدارية تصدر من البرلمان بمجلسيه. وقد نص الدستور في بعض منها على أن تصدر في صورة قانون. وذلك في التزام المرافق العامة والاحتكار والعفو الشامل ومخصصات الملك والأوصياء على العرش والبيت المالك، واقتصر في بعض آخر على تطلب موافقة البرلمان أو اعتماده أو إقراره أو رضائه. وقد جرت السوابق الدستورية على عدم التمييز بين عمل وآخر، فتصدر هذه الأعمال جميعها في صورة قانون، فيما عدا تقرير استمرار الأحكام العرفية.

والأعمال التي تصدر من أحد المجلسين، في صورة قرار، تقرب كثيراً من الأعمال القضائية. وهذه هي:

(أولاً) اتهام الوزراء والعفو عنهم[2].

(ثانياً) الفصل في صحة النيابة، والفصل من عضوية المجلس[3].

---

(١) فقد نصت المادة ١٦١ من الدستور على أن «مخصصات جلالة الملك الحالي (المغفور له فؤاد الأول) هي ١٥٠٠٠٠ جنيه مصري. ومخصصات البيت المالك هي ١١١٥١٢ جنيها مصريا. وتبقى كما هي لمدة حكمه. وتجوز زيادة هذه المخصصات بقرار من البرلمان». ونصت المادة ١٦٢ من الدستور على أن يكون «تعيين من يخرج من أعضاء مجلس الشيوخ في نهاية الخمس السنوات الأولى بطريقة القرعة. ومدة نيابة هؤلاء الشيوخ والنواب المنتخبين الأولى تنتهي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٨». ونصت المادة ١٦٥ من الدستور على أن «تعرض على البرلمان عند إنعقاده ميزانية سنة ١٩٢٣ - ١٩٢٤ المالية. ولايسري القانون الذي يصدر بميزانية السنة المذكورة إلا عن المدة الباقية منها من يوم نشره. أما الحساب الختامي للادارة المالية من سنة ١٩٢٢ - ١٩٢٣ فيعتبر كأنه مصدق عليه من البرلمان بالحالة التي صدق عليه بها مجلس الوزراء».

(٢) فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٦ من الدستور على أن لمجلس النواب وحده حق اتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم في تأدية وظائفهم. ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي الآراء». ونصت المادة ٧٢ من الدستور على أن «لا يجوز العفو عن الوزير المحكوم عليه من مجلس الأحكام المخصوص إلا بموافقة مجلس النواب».

(٣) فقد نصت المادة ٩٥ من الدستور على أن «يختص كل مجلس بالفصل في صحة نيابة أعضائه، ولا تعتبر النيابة باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي الأصوات. ويجوز أن يعهد القانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى». وقد عهد فعلا قانون صدر حديثاً بهذا الاختصاص إلى محكمة النقض. ونصت المادة ١١٢ من الدستور على أنه «لا يجوز فصل أحد من عضوية البرلمان إلا بقرار صادر من المجلس التابع هو له. ويشترط في غير أحوال عدم الجمع وأحوال السقوط المبينة بهذا الدستور وبقانون الانتخاب أن يصدر القرار بأغلبية ثلاثة أرباع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس».

(ثالثاً) الإذن في اتخاذ إجراءات جنائية نحو عضو البرلمان[1]. هذه هي الأعمال التي يختص بها البرلمان أو أحد مجلسيه، ذكرها الدستور على سبيل الحصر كما قدمنا. فلا يجوز للبرلمان أن يباشر عملا إدارياً غيرها، وإذا باشره كان هذا العمل باطلا لصدوره من جهة غير مختصة. ومن ذلك نرى أن منح الجنسية المصرية معين، وهو عمل إداري: لا يجوز أن يصدر بقانون، لأن الدستور لم يجعل هذا العمل من بين الأعمال الإدارية التي يجوز صدورها من البرلمان، ومع ذلك فقد نصت المادة ٧ من قانون الجنسية الجديد (القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠) على أنه «يجوز دون توافر الشروط المنصوص عليها في المادة ٥ منح الجنسية المصرية بقانون خاص لكل أجنبي يكون قد أدى للدولة خدمات جليلة». وقبل ذلك نصت المادة ١١ من قانون الجنسية القديم (القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩) على أنه «يجوز منح التجنس بمقتضى قانون خاص للأجنبي الذي يكون قد أدى خدمات جليلة لمصر وبدون أي شرط آخر». فالنص في هذين القانونين على جواز منح الجنسية المصرية بقانون لشخص معين نص باطل لمخالفته للدستور. والقانون الذي يصدر بمنح شخص معين الجنسية المصرية، تطبيقاً لهذا النص الباطل، هو أيضاً قانون باطل، لأنه في حقيقته عمل إداري صدر من جهة غير مختصة. ولا يكسب شخص الجنسية المصرية إلا بمقتضى قواعد عامة مجردة يضعها البرلمان، غير ناظر فيها إلى شخص معين بالذات، وذلك تطبيقاً للمادة الثانية من الدستور وهي تنص على أن «الجنسية المصرية يحددها القانون».

ولا فرق، في العمل الإداري الذي لا يختص به البرلمان، بين أن يصدر في صورة عمل إداري أو أن يصدر في صورة تشريع، فهو باطل في الحالتين على السواء. وسنعود إلى هذه المسألة في مكان آخر.

---

(١) فقد نصت المادة ١١٠ من الدستور على أنه «لا يجوز أثناء دور الانعقاد اتخاذ إجراءات جنائية نحو أي عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له. وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية».

الشكل

ويجب ايضاً ، حتى يكون التشريع دستورياً ، أن يكون قد استوفى الشكل الذى أوجبه الدستور . وأهم مسائل الشكل فى التشريع هى الإجراءات التى يجب اتباعها لاستصدار التشريع من البرلمان . وهذه الاجراءات نجد أسسها مدونة في الدستور ، وتفصيلاتها مبسوطة فى اللائحتين الداخليتين لمجلسى الشيوخ والنواب[١] .

اما الأسس المدونة فى الدستور فتتلخص فى أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ والنواب (م ٢٤) ، ومن ثم لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك (م ٢٥ وم ٣٤) . وتكون القوانين نافذة بإصدارها من الملك ويستفاد الإصدار من النشر فى الجريدة الرسمية(م٢٦) . وإذا لم ير الملك التصديق على مشروع قانون اقره البرلمان رده إليه فى مدى شهر لإعادة النظر فإذا لم يرد القانون فى هذا الميعاد عد ذلك تصديقاً من الملك عليه وصدر (م ٣٥) . اما إذا رد واقره البرلمان ثانية بموافقة ثلثى الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين صار له حكم القانون واصدر . فإذا كانت الأغلبية اقل من الثلثين امتنع النظر فيه فى دور الانعقاد نفسه فإذا عاد البرلمان فى دور انعقاد آخر إلى إقرار ذلك المشروع بأغلبية الآراء المطلقة صار له حكم القانون واصدر (م ٣٦) . وحق اقتراح القوانين يكون للملك ولمجلسى الشيوخ والنواب عدا ما كان منها خاصاً بإنشاء الضرائب أو زيادتها فاقتراحه للملك ولمجلس النواب (م ٢٨) . زكل مشروع قانون يحال إلى لجنة لفحصه (م ١٠٢ وم ١٠٣) . وأدوار الانعقاد واحدة للمجلسين . فإذا إجتمع أحدهما او كلاهما في غير الزمن القانونى فالاجتماع غير شرعى والقرارات التى تصدر فيه باطلة بحكم القانون (م ٩٧) ، وإذا حل مجلس النواب توقف جلسات مجلس الشيوخ (م ٨١) . ومركز البرلمان مدينة القاهرة ، على أنه يجوز عند الضرورة جعل مركزه فى جهة أخرى بقانون ، واجتماعه فى غير المكان المعين له غير مشروع وباطل بحكم

(١) لا شأن لنا هنا بالتشريعات الأساسية التى يجوز بها تنقيح الدستور ، فهذه تشريعات اشترط فيها الدستور شروطاً خاصة جعلتها اصعب بكثير من التشريعات العادية (انظر المواد ١٥٦ و ١٥٨ ومن الدستور) .

القانون (م ٩٠). وقبل أن يتولى أعضاء مجلسي الشيوخ والنواب عملهم يقسمون اليمين علناً بقاعة الجلسة (م ٩٤). وجلسات المجلسين علنية في الأصل ويجوز أن تكون سرية بشروط خاصة (م ٩٨). ولا يجوز لأي من المجلسين أن يقرر قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه (م ٩٩). وفي غير الأحوال المشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة وعند تساوي الآراء يكون الأمر الذي حصلت المداولة بشأنه مرفوضاً (م ١٠٠). ولا يجوز لأي المجلسين تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأي فيه مادة مادة (م ١٠٤). وتعطى الآراء بالتصويت شفهياً أو بطريقة القيام والجلوس أو بالمناداة على الأعضاء بأسمائهم حسب الأحوال (م ١٠١). وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه البرلمان لا يجوز تقديمه ثانية في دور الانعقاد نفسه (م ١٠٦). وفيما عدا الأحوال التي يجتمع فيها المجلسان بحكم القانون فإنهما يجتمعان بهيئة مؤتمر بناء على دعوة الملك في الأحوال التي نص عليها الدستور (م ١٢٠).

هذه هي بوجه عام الإجراءات اللازمة لاستصدار تشريع من البرلمان، نص عليها الدستور من حيث الزمان والمكان وكيفية فحص مشروع القانون والأغلبية اللازمة لاقراره ونظام اجتماع المجلسين ونصاب صحة الاجتماع وطريقة التصويت ونحو ذلك.

وفي اللائحتين الداخليتين لمجلسي الشيوخ والنواب نقرأ تفصيلاً لهذه الاجراءات. فمشروعات القوانين ترد إلى المجلس من الحكومة مباشرة بمرسوم يعرض على مجلس الدولة أو من المجلس الآخر بعد إقرارها منه. وتحال من المجلس إلى اللجنة المختصة لفحصها وتقديم تقرير عنها. كما أن لكل عضو أن يقدم للرئيس اقتراحاً بمشروع قانون، فيحال أولاً إلى لجنة الاقتراحات لتقدم عنه تقريراً. فإذا قرر المجلس نظر الاقتراح أحاله إلى اللجنة المختصة بنظر موضوعه. وعلى كل لجنة أن تقدم تقريراً في ظرف شهر من مدة العمل البرلماني عن كل موضوع يحيله المجلس إليها، ويقدم التقرير لرئيس المجلس لعرضه على المجلس. وتبدأ المداولة بمناقشة المشروع إجمالاً من حيث المبدأ، ثم يؤخذ الرأي على قبوله أو رفضه. فإذا تقرر القبول يشرع المجلس في مناقشة مواده مادة مادة

بعد تلاوة كل منها ، ويؤخذ الرأى على كل مادة . ثم يؤخذ الرأى على مجموع المشروع فى مرحلة ثانية . ويكون الاقتراع النهائى على القوانين فى مجموعها بالنداء بالاسم . وإذا قرر المجلس بلا تعديل مشروع قانون سبق للمجلس الآخر تقريره ، رفع هذا المشروع إلى الملك للتصديق عليه .

والإجراءات التى قدمناها . ما ورد منها فى الدستور وما جاء فى اللائحتين الداخليتين ، بعضها جوهرى جزاء الإخلال به بطلان التشريع ، وبعضها غير جوهرى لا يترتب على الإخلال به البطلان . وعلى فقهاء القانون الدستورى أن يميزوا هذه الإجراءات بين ما هو جوهرى وما هو غير جوهرى ، ناظرين فى كل إجراء إلى الغاية التى توخيت فى وضعه . ويغلب أن يكون الإجراءات التى وردت فى الدستور جوهرية ، وإن كان هذا لا يتحم ، وبعضها يصرح الدستور أن الإخلال به جزاؤه البطلان أما الإجراءات التى وردت فى اللائحتين الداخليتين فبعضها جوهرى وبعضها غير جوهرى .

ونورد ، على سبيل التمثيل ، حالات نرى أن الإجراء فيها جوهرى ، وأخرى نرى الإجراء فيها جوهرى ، وثالثة هى محل للنظر .

حالات الإجراء فيها جوهرى :

١ ـ إذا نظر أحد المجلسين مشروع قانون فى غير دور الانعقاد ، أو نظره مجلس الشيوخ ومجلس النواب منحل ، كان الاجتماع غير شرعى ، ومن ثم يكون التشريع الذى يقره هذا المجلس باطلا من ناحية الشكل .

٢ ـ إذا اجتمع أحد المجلسين فى غير المكان المعين له واقر مشروع قانون ، كان اجتماعه غير شرعى ، وكان التشريع باطلا من ناحية الشكل .

٣ ـ إذا اجتمع المجلس دون أن تحضر الجلسة أغلبية أعضائه ، وأقر تشريعاً ، كان هذا التشريع باطلا من ناحيته الشكلية .

٤ ـ إذا اقر المجلسين مشروع قانون دون أن تسبق إحالته على اللجنة المختصة ، كان التشريع باطلا كذلك .

٥ ـ إذا قدم أحد أعضاء مجلس الشيوخ مشروع قانون بإنشاء ضريبة ، فأقره البرلمان ، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل لأن أعضاء

مجلس الشيوخ لا يملكون اقتراح القوانين بإنشاء ضريبة أو زيادتها كما سلف القول.

٦ - إذا رد الملك دون تصديق مشروع قانون، ثم أقر البرلمان المشروع مرة ثانية في الدور نفسه بالأغلبية المطلقة، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل، لأن الأغلبية الخاصة التي يتطلبها الدستور في هذه الحالة لم تتوافر.

٧ - إذا اختلف المجلسان في مشروع قانون غير الميزانية، واجتمع البرلمان في مؤتمر وأقر المشروع، كان التشريع باطلا من ناحية الشكل. ويختلط هنا الشكل بالاختصاص، لأن المؤتمر غير مختص إلا بأمور معينة ذكرها الدستور على سبيل الحصر.

حالات الاجراء فيها غير جوهري:

١ - إذا تأخرت اللجنة التي أحيل إليها مشروع القانون أكثر من شهر في تقديم تقريرها، لم يكن هذا التأخر موجباً للبطلان.

٢ - إذا اقترح أحد أعضاء البرلمان مشروع قانون، ولم يحل على لجنة الاقتراحات قبل إحالته على لجنة الموضوع، كما تقضي المادة ١٠٣ من الدستور، لم يكن هذا موجباً للبطلان.

٣ - إذا انعقد أحد المجلسين بهيئة سرية بناء على طلب الرئيس - لا بناء على طلب الحكومة أو عشرة من الأعضاء كما تقضي المادة ٩٨ من الدستور - فقرر المجلس أن تجري المناقشة في جلسة سرية، فالتشريع الذي يقرره المجلس في هذه الجلسة السرية لا يكون باطلا من ناحية الشكل.

٤ - إذا أخذ الرأي، في مشروع قانون، على المبدأ والمواد في وقت واحد، لم يكن هذا موجباً للبطلان.

٥ - إذا أقر مجلس النواب مشروع قانون من حيث المبدأ ومن حيث المواد، ثم أخذ الرأي بالاسم على المشروع في الجلسة ذاتها لا في جلسة تالية، لم يكن هذا موجباً للبطلان.

حالات الاجراء فيها للنظر

(١) إذا قدمت الحكومة مشروع قانون إلى البرلمان ، وجب أن تقدمه في صورة مرسوم بمشروع قانون ، فيوافق عليه مجلس الوزراء ويمضيه الملك ، ثم يقدم بعد ذلك إلى البرلمان لإقراره . وهذا الحكم يستخلص من المادة ٢٨ من الدستور إذ تنص على أن للملك حق اقتراح القوانين . ولكن تقديم مشروع القانون ، بعد أن يقره البرلمان ، إلى الملك للتصديق عليه ، هل يشترط فيه هو أيضاً موافقة مجلس الوزراء ؟ لا نرى هذا واجباً . وقد كان العمل يجرى على إرجاع مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان إلى مجلس الوزراء للموافقة على رفعها إلى الملك للتصديق عليها حتى يتحقق من ناحية الشكل أن الملك يستعمل سلطة التصديق بواسطة وزرائه ، ثم عدل عن ذلك ، وأصبحت مشروعات القوانين ترفع رأساً إلى الملك من رئيس مجلس الوزراء .

(٢) إذا أعدت الحكومة مشروع قانون لتقديمة إلى البرلمان ، ووضعته من أجل ذلك في صورة مشروع مرسوم ، وجب عليها أولا أن تعرض هذا المشروع على قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغتة . فإذا هي لم تعرضه ، واستصدرت المرسوم بمشروع القانون وقدمته إلى البرلمان فاقره وصدق عليه الملك ، أيكون التشريع باطلا بسبب أنه لم يعرض على قسم التشريع بمجلس الدولة ؟ يذهب بعض الفقهاء إلى بطلان التشريع في هذه الحالة ، ويحتج لذلك بأن نص المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة صريح في وجوب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، فأى مرسوم بمشروع قانون لم يصغه قسم التشريع يكون باطلا من ناحية الشكل ، فإذا بنى على هذا المرسوم الباطل تشريع كان التشريع باطلا هو أيضاً ، وما بنى على الباطل فهو باطل . ولا يقدح في صحة هذا الرأى أن البرلمان هو صاحب التشريع ، وأنه هو الذى وضع المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة واوجب بها أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين ، فله أن يستثنى عن هذا الحكم العام مشروعاً معيناً اقره هو وإن لم يصغه قسم التشريع . فالرد على الاعتراض يسير ، إذ من المسلم أنه لا يجوز لجهة تضع قاعدة تنظيمية أن تستثنى من حكم هذه القاعدة حالة فردية قبل أن تقوم بتعديل القاعدة بحيث تتسع لهذا الاستثناء . كذلك لا يقدح في صحة هذا الرأى الزعم بأن القول به يضيف شيئاً لم يقل به الدستور ، وأن

نصوص الدستور لا تتطلب فى التشريع أن يصوغة قسم التشريع بمجلس الدولة بل كل ما يتطلبه هو موافقة البرلمان وتصديق الملك. ذلك أن المادة ٣٥ من قانون مجلس الدولة. إذ توجب أن يتولى قسم التشريع صياغة مشروعات القوانين، لا تضيف جديداً على أحكام الدستور. بل هى تؤكد هذه الأحكام وتكفل الدقة في تنفيذها، فإن الصياغة التى يتولاها قسم التشريع تتوخى كغرض من أهم أغراضها الا يتعارض التشريع مع الدستور، وهذا التعارض يأباه الدستور ويستنكره، فتكون المادة ٣٥ كفيلة بتنفيذ أحكام الدستور وليس من شأنها أن تضيف على هذه الأحكام شيئاً جديداً.

ولكننا، بالرغم من هذه الحجج القويةالتى يسوقها أصحاب هذا الرأى لتأييده، لا نشاركهم فيه. وعندنا أن التشريع الذى لم يسبق عرضه على قسم التشريع بمجلس الدولة لا يكون باطلا. ونقول بذلك، لا لأن العرض على قسم التشريع ليس واجباً، بل هو أمر واجب، والمادة ٣٥ صريحة فى هذا المعنى. وللبرلمان أن يرد المشروع إلى الحكومة لتعرضه على قسم الشريع. ولكن هذا العرض، مع أنه إجراء واجب، ليس بإجراء جوهرى يترتب على الإخلال به البطلان. ونرجع فى ذلك إلى الغرض الذى توخاه المشرع عندما أوجب عرض مشروعات القوانين والقرارات التنظيمية على قسم التشريع لصياغتها. لقد أراد من وراء ذلك إقامة مجلس الدولة رقيباً لا على السلطة التشريعية بل على السلطة التنفيذية عندما تقترح مشروع قانون أو عندما تصدر قراراً تنظيمياً، حتى لا تصطدم فى مشروع قانونها بالدستور وحتى لا تتعارض فى قرارها التنظيمى مع القوانين. فرقابة مجلس الدولة إذن مبسوطة على السلطة التنفيذية وحدها. أما السلطة التشريعية فلم ترد أن تقيم من مجلس الدولة رقيباً عليها، وهى تتحقق بنفسها فى نهاية الأمر من أن مشروع القانون المعروض عليها لا يصطدم بالدستور. لذلك كان العرض على قسم التشريع، من حيث هو رقابة على مشروعات القوانين، ليس بإجراء جوهرى، فلا يكون الإخلال به موجباً لبطلان التشريع إما العرض على قسم التشريع، من حيث هو رقابه على القرارات التنظيمية، فهو إجراء

جوهرى ، والإخلال به يترتب عليه بطلان القرار التنظيمى . وقد صدر بهذا المعنى الأخير حكم حديث من محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة(١) .

(٣) إذا عرض على أحد المجلسين مشروع قانون وجب أخذ الرأى فيه مادة مادة ، بهذا الإجراء تقضى المادة ١٠٤ من الدستور ، وهو إجراء جوهرى . ولكن يسبق هذا مداولة المجلس فى المشروع من حيث المبدأ واخذ الرأى على قبوله أو رفضه من الناحية وحدها . وقد رأينا أنه يجوز أخذ الرأى على المبدأ والمواد فى وقت واحد دون أن يكون ذلك موجباً للبطلان . فتقديم الرأى فى المبدأ على الرأى فى المواد ليس بالاجراء الجوهرى . ولكن إذا لم يؤخذ الرأى فى المبدأ إطلاقاً ولم يتداول المجلس فيه ، لا قبل مناقشة المواد ولا عند مناقشتها ، بل تداول المجلس رأساً فى المواد وأقرها مادة مادة ، أيكون هذا إجراء جوهرياً يترتب على الاخلال به البطلان ؟ قد تختلف الأنظار فى ذلك ، ونحن نرى أن هذا الاجراء ليس بجوهرى ، لأن الموافقة على المواد تفترض ضمنا إقرار المبدأ .

(٤) إذا اقترح عضو البرلمان مشروع قانون ورفضه البرلمان ، فإن المادة ١٠٦ من الدستور لاتجيز تقديم هذا المرشوع ثانية فى دور الانعقاد نفسه . فهل تقديم المشروع فى دور الانعقاد نفسه يعتبر إجراء جوهرياً و وهل إذا قدم العضو المشروع ثانية فى دور انعقاد نفسه واقره البرلمان ، يكون التشريع باطلا ؟ لانظن ذلك ، لأن المادة ١٠٦ إنما هى خطاب من الدستور لعضو البرلمان الذى قدم المشروع ، ينهاه فيه عن إضاعة وقت البرلمان فى أمر سبق له أن رفضه ، وليست خطاباً للبرلمان ينهاه فيه عن إقرار المشروع فى دور الانعقاد نفسه إذا كان البرلمان قد رجع عن رأيه فى المشروع ورأى إقراره .

(٥) إذا اقر البرلمان مشروع قانون ولم يصدق عليه الملك ولكن لم يرده فى مدى شهر لإعادة النظر فيه ، أو صدق عليه وأصدره ولكن لم ينشر ، فإن مشروع القانون يصبح قانوناً بالرغم من عدم النشر فى الحالتين . فالنشر إذن ليس بإجراء جوهرى ، بل ولا بإجراء واجب ، فى قيام القانون . ولكنه إجراء واجب فى نفاذه . ويترتب على ذلك انه

---

(١) محكمة القضاء الادارى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (قضايا رقم ٤٨١ و ٤٨٩ و ٥٨٠ و ٥٨٦ و ٥٩٠ السنة الرابعة القضائية) .

إذا امتنعت السلطة التنفيذية عن نشر قانون وافق عليه البرلمان وصدق عليه وأصدره ، لم يكن هذا القانون نافذاً . ولكن امتناع الحكومة عن نشره يكون أمراً مخالفاً للدستور ، ويعتبر هذا الامتناع قراراً إدارياً سلبياً يجوز الطعن فيه بالالغاء . فإذا هو الغي فعلا ، ولكن القانون مع ذلك لم ينشر ، ايكون القانون نافذاً بمقتضى حكم الإلغاء ، أم أن النشر الفعلى إجراء جوهرى لنفاذ القانون ؟ قد يقال هنا إن الحكمة من نشر القانون هو حصول العلم به ، والعلم لا يحصل إلا بالنشر الفعلى . وإذا امتنعت الحكومة عن نشر القانون تكون قد امتنعت عن تنفيذ حكم الإلغاء ، ولا يعدل التنفيذ مجرد قيام الحكم فيما يقتضى التنفيذ فيه عملا إيجابياً مادياً . ولكن للمحكوم له فى هذه الحالة أن يرجع على الحكومة بالتعويض . على أن هناك رأياً يذهب إلى أن نشر القانون فى مضابط البرلمان يعدل نشره فى الجريدة الرسمية ، وهذا الرأى محل للنظر .

(٢)
المحل

ويجب كذلك حتى يكون التشريع دستوريا أن يكون محله غير مخالف للدستور . ونستعرض فى هذا الصدد مبدأين أساسيين :

(أولا) حتى يكون محل التشريع غير مخالف للدستور ، يجب أن يكون متفقاً مع مبدأ الفصل ما بين السلطات ، وهو مبدأ مستفاد من المواد ٢٣ إلى ٣١ من الدستور .

(ثانياً) ويجب أيضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص من النصوص الدستورية التى ترسم للمشرع سلطة محددة (pouvoir lié) . أما ما يكون للمشرع فيه سلطة تقديرية (pouvoir discrétionnaire) ، فهذه هى منطقة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، لا منطقة مخالفة الدستور ، كما سنرى .

أولا — مبدأ الفصل بين السلطات

تنص المادة ٢٣ من الدستور على أن « جميع السلطات مصدرها الأمة ، واستعمالها يكون على الوجه المبين بهذا الدستور » . وتنص المادة ٢٤ على أن السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلسى الشيوخ

والنواب». وتنص المادة ٢٥ على أنه «لا يصدر قانون إلا إذا قرره البرلمان وصدق عليه الملك». وتنص المادة ٢٩ على أن «السلطة التنفيذية يتولاها الملك في حدود هذا الدستور» وتنص المادة ٣٠ على أن «السلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها».

ويفهم من هذه النصوص أن الدستور وزع السلطات الثلاث ـ التشريعية والتنفيذية والقضائية ـ على هيئات ثلاث فصل فيما بينها، وجعل كل هيئة. تباشر سلطة معينة منها ولا تباشر غيرها.

فالبرلمان ـ ويشترك معه الملك أي السلطة التنفيذية في الحدود التي رسمها الدستور ـ يباشر السلطة التشريعية، ولا يباشر سلطة تنفيذية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء وبمقتضى نص خاص في الدستور كما سبق القول.

والإدارة تباشر السلطة التنفيذية، ولا تباشر سلطة تشريعية أو سلطة قضائية إلا إذا كان هذا على سبيل الاستثناء، وبمقتضى نص خاص في الدستور أو بمقتضى عرف دستوري كما أسلفنا(١).

والقضاء يباشر السلطة القضائية. «وترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصاتها يكون بقانون» (م ١٢٥ من الدستور). وكذلك الحال في المحاكم العسكرية، إذ نص الدستور على أن «يوضع قانون خاص شامل لترتيب المحاكم العسكرية وبيان اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها» (م ١٣١). والسلطة القضائية لا تعمل إلا عن طريق الفصل في الخصومات، ولا يجوز أن تصدر تشريعاً أو قراراً إداريا. ...

ونلمح من هذا معنى الفصل بين هذه السلطات الثلاث. فالسلطة التشريعية عملها هو التشريع. والسلطة التنفيذية عملها هو تطبيق هذا التشريع على الحالات الفردية. والسلطة القضائية عملها هو الفصل في الخصومات التي تقوم في شأن هذا التطبيق.

ولما كان بحثنا مقصوراً على السلطة التشريعية، وكان عمل هذه السلطة هو التشريع كما قدمنا، فعلينا الآن أن نبين الطبيعة القانونية

(١) وتباشر الإدارة سلطة قضائية عن طريق اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وهذا في بمقتضى عرف دستوري.

للتشريع ، حتى إذا خرج عمل البرلمان عن هذه الطبيعة ، لم يكن تشريعاً وكان باطلاً لمخالفة محله للدستور .

طبيعـة التشريع :

التشريع قاعدة عامة مجردة (règle générale et abstraite) . هذه هى طبيعته ولا يجوز أن يخرج عنها . فإذا وضع البرلمان تشريعاً ، ولم يكن هذا التشريع قاعدة عامة مجردة ، بل كان قراراً فردياً وضع لحالة معينة بالذات ، كان باطلاً لخروجه عن طبيعة التشريع . ويحسن أن ننبه إلى الفرق بين ما نحن بصدده وما سبق أن قررناه من أن البرلمان إذا أصدر قراراً فردياً فى غير الحالات التى نص عليها الدستور كان قراراً باطلاً . فنحن هنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه تشريع لا على أنه قرار فردى ، فيجب أن يكون هذا الفعل متفقاً مع طبيعة التشريع فى عمومه وتجرده ، وإلا كان باطلاً لعيب فى المحل . أما هناك فكنا نعرض إلى عمل يصدر من البرلمان على أنه قرار فردى لا على أنه تشريع ، فيجب أن يكون هذا العمل داخلاً ضمن القرارات الفردية التى جعلها الدستور على سبيل الإستثناء من اختصاص البرلمان ، وإلا كان باطلاً لعيب فى الاختصاص .

قلنا إن التشريع قاعدة عامة مجردة ، وهذا هو المعيار المادى critère matériel للتشريع ، وهو المعيار الذى يعتد به دون المعيار الشكلى critère formel . وإنما يعتد بالمعيار الشكلى عند تحديد مدى رقابة القضاء ، فالتشريع إذا صدر من سلطة تنفيذية كان قراراً إدارياً وفقاً للمعيار الشكلى ، وتكون رقابة القضاء عليه من حيث المدى هى عين رقابته على سائر القرارات الإدارية كما سبق القول . أما فى غير رقابة القضاء فالمعيار الموضوعى هو المعتبر فى التشريع .

ومعنى أن التشريع قاعدة عامة هو أنه لا يميز بين حالة فردية وحالة فردية أخرى مماثلة مما يدخل فى نطاق تطبيقه ، بل يطبق على جميع الحالات الفردية المتماثلة التى صدر منظماً لها على السواء ، وهو بهذا المعنى يحقق فكرة المساواة ، ومعنى أنه قاعدة مجردة هو أنه لا يوضع لحالة فردية بالذات ، بل يصدر مجرداً ليطبق على طائفة من الحالات الفردية ، فلا يستنفد غرضه بمجرد تطبيقه على حالة منها ، وهو بهذا

المعنى ينفى فكرة التحيز ، ويلاحظ ان التشريع، بحكم أنه قاعدة عامة، يكون قاعدة مجردة. فصفة التجرد فرع عن صفة العموم. وهاتان الخصيصتان ، العموم والتجرد ، هما اللتان تضفيان على التشريع ما يمتاز به من القدرة على حماية الحقوق ، ويقول إسمان Esmein فى هذا المعنى: «إن الذى يسبغ على التشريع ميزته فى حماية الحقوق هو طبيعته ذاتها ، فهو لايقرر شيئاً لمصلحة فردية بل يتوخى مصلحة الجميع، ولا يضع قاعدة لفرد بالذات ، بل يضعها لجميع الناس ، وفى وقائع مستقبلة ، وعلى وجه دائم»(١).

فالتشريع إذا لم يكن عاماً مجرداً ، بل قصد إلى حالة فردية بالذات ، فقد طبيعة التشريع ، وكان باطلاً لمخالفته الدستور فى محله. ويأتى ديجيه (Duguit) بأمثلة ثلاثة لتشريعات قصدت إلى حالات فردية ، فاعتبرها باطلة ، ولكنه قال إن القضاء الفرنسى لا يملك الرقابة عليها لأن القضاء فى فرنسا لا يجعل لنفسه أية رقابة على التشريع(٢). فقد صدر تشريع فرنسى فى ١٣ من يوليو سنة ١٩٠٦ يقضى بإعادة ضابط بالذات اسمه بيكار (Piequart) من الاستيداع إلى الخدمة العاملة وبترقيته. وصدر تشريع ثان فى اليوم ذاته بترقية الضابط دريفيس (Dreyfus) إستثناء من احكام المادة ٤ من قانون ١٠ مارس سنة ١٨٨٠ . وصدر تشريع ثالث فى ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ يقضى بتسريح مجندى سنة ١٩٠٣ قبل الميعاد القانونى باستثناء مجندى الفرقة السابعة عشرة من فرق المشاة الذين لم يطيعوا الأوامر التى صدرت لهم فى يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧ من منتصف الليل إلى ظهر ذلك اليوم. ولا شك فى أن التشريعين الأولين ليسا إلا قرارين فرديين ، أما الثالث فيختلف عنهما ، وسنعود إليه فما يلى .

---

(١) «Ce qui fait la vertu proterice de la loi, c'est sa conception méme, qu'elle statue non dans un intérét particulier, mais dans l'intérét commun, non à l'égard d'un individu isolé mais à l'égard de tous pour l'avenir et à toujours». (Esmein, Droit Const. 7 éd. I p. 23).

(٢) ديجيه فى القانون الدستورى طبعة ثانية ٢ ص ١٤٦ ـ ص ١٤٧ . ونرى ان تشريعاً يحل محل امر عرفى. كان قد صدر بحل جمعية بعينها، يكون تشريعاً باطلاً لأنه قصد إلى حالة فردية بالذات.

والحق أن فكرة العموم والتجرد التى تنطوى عليها طبيعة التشريع هى الأساس الذى تقوم عليه الحماية المستمدة من القانون. وقد ظهرت هذه الحماية تدرجاً. فلم يكن التشريع فى القديم هو مصدر القانون، بل كان المصدر هو العرف، ثم تطورت المدنية وتقدمت، وظهر التشريع مصدراً للقانون يحمى الناس بعمومه وتجرده. وامتدت الآفاق التى ينبسط فيها التشريع حتى أصبح فى الوقت الحاضر هو المصدر الأول، فحقق بفضل ما ينطوى عليه من عموم وتجرد، تحقيقاً عملياً، مبدأ سيادة القانون (Le principe de légalité).

بعض حالات هامة يعتبر فيها التشريع عاماً مجرداً:

على ان القول بوجوب ان يكون التشريع عاماً مجرداً يدعو إلى استعراض بعض حالات هامة تحتاج إلى إطالة النظر. ذلك انه لايمنع من العموم والتجرد الا يطبق التشريع إلا مرة واحدة أو الا يطبق إلا على فرد واحد. ولا يمنع ايضاً من العموم والتجرد ان يكون التشريع موقوتاً بمدة محدودة او مقصوراً على مكان معين، ولا يمنع اخيراً من العموم والتجرد أن يكون نطاق التشريع محصوراً فى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع. ونستعرض هذه الحالات الثلاث، وبخاصة الحالة الثالثة فهى ادقها جميعاً.

(١) قلنا إنه لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً انه لايطبق بالفعل إلا مرة واحدة. فقد يحدث ان تشريعاً عاماً مجرداً يطبق على حالة فردية واحدة، ثم الغى قبل أن يطبق على حالة فردية اخرى، فما دام التشريع قد كان فى ذاته عاماً مجرداً، وقد أعد للتطبيق على جميع الحالات الفردية التى تدخل فى نطاق تطبيقه، فإن صفتى العموم والتجرد تبقيان له حتى لو لم يطبق بالفعل إلا مرة واحدة. إذ العبرة هنا بالقابلية للتطبيق لا بالتطبيق الفعلى.

كذلك لايمنع التشريع من أن يكون عاماً مجرداً انه يطبق على فرد واحد، ما دام قابلا لأن يتكرر تطبيقه على كل فرد يخلفه. فالتشريع الخاص بوراثة العرش لايطبق فى وقت معين إلا على فرد واحد هو من يرث العرش، ولكنه معد للتطبيق على جميع من يرثون العرش دون حصر.

متعاقبين واحداً بعد الآخر . كذلك يكون عاماً مجرداً تشريع صدر لمناسبة شخص بالذات لصفات تميزه ، ما دام هذا التشريع يطبق على كل شخص مثله .

(٢) ولا يمنع التشريع من ان يكون عاماً مجرداً أن يكون تشريعاً موقوتاً بمدة محددة . وأكثر ما يكون ذلك فى الأحكام الوقتية والأحكام الانتقالية التى تختتم بها عادة التشريعات الهامة ، وكذلك التشريعات التى قصد أن يكون تطبيقها فى خلال وقت معين كالتشريعات التى تصدر فى أثناء الحرب وتحدد لها مدة معينة أو ينص فيها على أن تبقى إلى إنتهاء الحرب . فما دام التشريع يطبق طوال المدة المحددة على جميع الحالات الفردية التى تدخل فى نطاق تطبيقه دون تمييز بين حالة وأخرى ، وما دام لايقصد إلى حالة فردية بالذات من هذه الحالات ، فهو عام مجرد ولو عن المدة المحدودة التى يطبق فيها .

كذلك قد يكون التشريع محدوداً ، لا بالنسبة إلى الزمان ، بل بالنسبة إلى المكان ، فيطبق على جميع الحالات الفردية المحصورة فى المكان ، دون تمييز بين حالة وأخرى ودون قصد إلى حالة فردية بالذات . مثل ذلك ما نص عليه قانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٤٦ من أنه « ابتداء من تاريخ نفاذ هذا القانون يبطل العمل فى المناطق والجهات المبينة فى المادة الثانية بالنظم والإجراءات القضائية الخاصة المتبعة فيها الآن ، ويستبدل بها نظام القضاء العام والإجراءات المتبعة أمامه » . ومثل ذلك أيضاً ما نص عليه قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٧ من أنه « يجوز أن تزرع جميع أصناف القطن فى المنطقة الشمالية من الوجه البحرى المبينة بالملحق المرافق لهذا القانون . ولوزير الزراعة بقرار يصدره أن يمنع زراعة أى صنف من أصناف القطن خلاف صنف القطن كرنك فى أى جهة من المنطقة المبينة فى الملحق المشار إليه . ولايجوز أن يزرع من أصناف القطن فى باقى أراضى المملكة غير أصناف القطن الأشمونى والزاجورة ٣٠ والجيزة ٢٢ » .

وأخيراً لايمنع التشريع من ان يكون عاماً مجرداً أن يكون نطاقه محصوراً فى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، ما دام لايميز فى هذه الطائفة المحدودة بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، وما دام

لايقصد به أن يطبق على شخص معين او على واقعة بالذات. فهو عام مجرد فى حدود هذه الطائفة المحددة من الأشخاص أو الوقائع، كما رأيناه عاماً مجرداً فى حدود مدة معينة أو فى حدود مكان معين. فالتشريع قد يكون إذن محدود التطبيق من حيث الزمان أو المكان او الأشخاص أو الوقائع، ويبقى مع ذلك عاماً مجرداً.

وهذه الحالة الثالثة هى اهم الحالات المتقدمة كما سبق القول إذ يقع فيها كثير من اللبس، وقد يؤدى هذا اللبس إلى إعتبار تشريعات محدودة من حيث الأشخاص أو الوقائع تشريعات باطلة لمخالفتها للدستور. رأينا ذلك فيما قدمناه عن ديجيه عند ما عد التشريع الفرنسى الصادر فى ٩ من يوليو سنة ١٩٠٧ بمنع طائفة محدودة من مجندى سنة ١٩٠٢ من الانتفاع بالتسريح المبكر، تشريعاً باطلاً إذ اعتبره تشريعاً فردياً. ونميل إلى اعتبار هذا التشريع عاماً مجرداً، وإن كان لا يطبق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص هم اللذين لم يطيعوا الأوامر فى يوم ٢١ من يونيه سنة ١٩٠٧، ما دام التشريع لا يميز فى التطبيق بين شخص وآخر من هؤلاء الأشخاص وما دام لا يقصد إلى شخص منهم بالذات. على أنه يمكن القول من جهة أخرى أن هذا التشريع منطو على انحراف فى إستعمال السلطة، لأنه يخفى عقوبة مقنعة لا يملك توقيعها إلا مجلس عسكرى[1].

والقول بغير ذلك يؤدى إلى نتائج خطيرة. فإن كثيراً من التشريعات تصدر غير معدة للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع، فاعتبارها تشريعات باطلة من شأنه أن يفوت على المشرع فرصة التشريع فى أمور خطيرة وان يعطل كثيراً من المصالح الهامة. وما دمنا قد سلمنا فى تطبيق التشريع بإمكان التحديد من حيث الزمان أو المكان، فما الذى يمنع من إمكان التحديد من حيث الأشخاص أو الوقائع. وما الفرق بين تحديد وتحديد فى هذه الأحوال جميعاً! المهم فى نظرنا إلا يميز التشريع

---

(١) انظر فى هذا المعنى مقالا لبارتلمى فى مجلة القانون العام والعلوم السياسية سنة ١٩٠٧ ص ٤٧٤ ومابعدها.

بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ، والا يقصد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات ، فهذا هو الذى يجعل التشريع عاماً مجرداً ، حتى لو لم يعد للتطبيق إلا على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ونأتى بأمثلة من التشريعات المصرية التى صدرت فى السنوات الأخيرة نستشهد بها على ما قدمنا ، وهى تشريعات محدودة التطبيق من حيث الأشخاص أو الوقائع وقد تعمدنا الإكثار من الأمثلة التى نوردها ، وقصدنا أن تكون قد صدرت كلها فى حقبة قصيرة من الزمن ، لا تكاد تجاوز سبع السنوات الأخيرة ، لندل بذلك على أن المشرع المصرى يلجأ كثيراً إلى هذا النوع من التشريع ، ولا يجد عنه غناء :

قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ : وينص على أنه «إستثناء من حكم الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بفرض ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل ، والمعدلة بالقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، تعتبر المبالغ التى استحقت فى المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ بصفة ضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى الأرباح الإستثنائية واجبة الأداء ، ولا يسقط حق الحكومة فى المطالبة بها إلا بمضى عشر سنوات بالنسبة لسنوات ١٩٣٨ و ١٩٣٩ و ١٩٤٠ ، وتسع سنوات لسنة ١٩٤١ ، وثمانى سنوات لسنة ١٩٤٢ ، وسبع سنوات لسنة ١٩٤٣ ، وست سنوات لسنة ١٩٤٤» . فهذا تشريع لا يطبق إلا على طائفة محدودة من الضرائب ، هى الضرائب التى استحقت فى المدة من أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ ، تزاد بالنسبة إليها مدد التقادم حتى تتمكن الحكومة من مطالبة الممولين بها . وقد سبق هذا التشريع تشريع مماثل هو القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ . ونرى أن كلا من هذين التشريعين تشريع عام مجرد ، إذ هو لا يميز بين ضريبة وضريبة من الضرائب التى تدخل فى نطاق تطبيقه ، ولا يقصد إلى ضريبة منها بالذات . ووجه التحفظ عندنا فى كل من التشريعين هو ما قرره من الزيادة فى مدة التقادم ، فقد يكون فى هذه الزيادة ، لا مخالفة للدستور ، بل إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية على النحو الذى سنبينه فى مكان آخر .

قوانين التضمينات (bills of indemnity) : من ذلك قانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧ وينص على ما يأتي : «لا تسمع أمام جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في أي أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان أو قرار وبوجه عام أي عمل صدر ابتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم او مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة في ظل النظام المقرر بالرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ والمرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام . ولا تجوز متابعة السير في الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون» . ومن ذلك أيضاً قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ وينص على ما يأتي : «لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في اي إعلان ؤو تصرف او أمر تدبير أو قرار وبوجه عام أي عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين او مندوبيهم عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية» . فهذان تشريعان ينظمان طائفة محدودة من الأعمال صدرت من جهة معينة في وقت معين محدد البداية والنهاية ، فيمكن إذن حصر هذه الأعمال بالذات . والتنظيم هنا أت من ناحية عدم جواز الطعن في هذه الأعمال أمام أية جهة قضائية . والتشريعان ليس هما الموقتين من ناحية الزمان ، بل الأعمال التي ينظمانها هي الموقتة بتاريخ معين . وعندنا أن هذين التشريعين ينطويان على العموم والتجرد ، لأنهما لا يميزان في الأعمال التي ينظمانها بين عمل وعمل ، ولا يقصدان إلى عمل منها بالذات . ونتحفظ هنا أيضاً ، كما تحفظنا في التشريع الخاص بزيادة مدة التقادم بالنسبة إلى بعض الضرائب . فقد يكون في منع السلطة القضائية بتشريع من نظر الدعوى عن مسئولية مقررة إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية . وسنعود إلى هذه المسألة في مكان آخر .

قانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٠ : وينص على انه «يؤذن لمن سبق الترخيص لهم بمزاولة مهنة جراح أو طبيب أسنان بالمملكة المصرية وقت العمل بهذا القانون في أن يستمروا في مزاولة المهنة ولو لم تتوافر فيهم الشروط المبينة في هذا القانون بشرط ان يطلبوا قيد أسمائهم في سجل

جراحى واطباء الأسنان فى مدى ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وعلى أن يسرى أحكام هذا القانون». فهنا أيضاً تشريع ينظم طائفة محدودة من الأشخاص - هم الذين سبق لهم الترخيص فى مزاولة مهنة طب الأسنان إلى وقت معين. وهؤلاء جماعة آحادها معروفون بالذات. ولكنه تشريع لا يميز فى هؤلاء الأشخاص بين شخص وآخر، ولا يقصد إلى شخص منهم بالذات، فهو تشريع عام مجرد.

قانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أنه «تعتبر صحيحة الأعمال والأحكام والقرارات الصادرة من المجلس العام لطائفة الأقباط الأرثوذكس فى حدود اختصاصه فى الفترة ما بين ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وتاريخ العمل بهذا القانون». وهذا التشريع يصحح أعمالا معينة صدرت فى مدة محددة معروفة الابتداء والانتهاء. ومع ذلك فهو تشريع عام مجرد، إذ هو لايميز فى الأعمال التى يصححها بين عمل وعمل، ولا يقصد بالتصحيح عملا معيناً بالذات. ويرد عليه التحفظ الذى أوردناه على بعض التشريعات السابقة فى شأن الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

قانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أن «جميع القضايا المنظورة الآن أمام محكمة استئناف المنصورة والتى أصبحت بمقتضى المادة السابقة من اختصاص محكمة استئناف الاسكندرية تحال بأوامر تصدرها المحكمة من تلقاء نفسها إلى محكمة استئناف الاسكندرية بمقتضى هذا القانون. وذلك لجلسات محددة وبالحالة التى هى عليها وبدون مصاريف». فهذا تشريع ينظم، من ناحية الإحالة على محكمة أخرى، طائفة معينة من القضايا محصورة العدد. ولكن التشريع لايميز فى هذه القضايا بين قضية وأخرى، ولا يقصد إلى واحدة منها بالذات، فهو تشريع عام مجرد.

قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٠ : وينص على أن «تعفى المنحة المالية ومقابل مصاريف العودة التى قررها مجلس الوزراء فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ لرجال القضاء الأجانب فى المحاكم المختلطة من الضريبة على كسب العمل المقررة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ومن الضريبة العامة على الإيراد المفروضة بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩». فإذا قلنا إن رجال القضاء الأجانب فى المحاكم المختلطة الذين قرر لهم مجلس الوزراء

فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ منحة مالية ومقابلا لمصروفات العودة كانوا قد عرفوا بالذات شخصاً شخصاً فى سنة ١٩٥٠ عند صدور هذا التشريع، كان من الواضح أن يكون التشريع قد نظم طائفة محدودة من الأشخاص فى أمر من أمورهم، هو إعفاء بعض أموالهم من ضرائب معينة. ولكن التشريع لم يميز فى هذا التنظيم بين شخص وشخص، ولم يقصد إلى شخص بالذات، فهو تشريع عام مجرد - ومثل ذلك أيضاً قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى: «ينقل بحكم هذا القانون إلى جدول المحامين أمام المحاكم الوطنية وبترتيب أقدميتهم جميع المحامين المقيدين لغاية آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ بجدول المحامين أمام المحاكم المختلطة والجدول الملحق به الخاص بالمحامين تحت التمرين....»، وكذلك القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى: «ينقل مستشارو محكمة الاستئناف المختلطة المصريون والمحامى الأول عند نهاية فترة الانتقال إلى محاكم الاستئناف الوطنية بمرتباتهم التى يتقاضونها، وتعتبر أقدميتهم بالنسبة إلى زملائهم فى محاكم الاستئناف الوطنية من تاريخ المرسوم الصادر بتعيينهم فى وظائفهم...»(١).

قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٤٦: وتنص على أن «الامتحانات التى أديت فى القاهرة لنيل إجازة الليسانس الفرنسية فى الحقوق فى الفترة من سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٥ يكون حكمها - فيما يتعلق بتطبيق أحكام المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٨٩٧ - حكم ما لو كانت أديت بالمقر الشرعى لكلية الحقوق بجامعة باريس بشرط أن يكون من نال هذه الإجازة حاصلا على شهادة البكالوريا المصرية أو أية شهادة أخرى تعتبرها وزارة المعارف معادلة للبكالوريا المصرية.

---

(١) هنا يتصور، نظريا على الأقل، أن مستشارى محكمة الاستئناف المختلطة المصريين والمحامى العام الأول قد يتغيرون أو يتغير بعضهم من وقت صدور القانون إلى نهاية فترة الانتقال، فتكون الطائفة التى ينظم القانون شأناً من شئونها طائفة غير محدودة من الأشخاص، ويكون القانون بهذا الاعتبار عاماً مجرداً بالمعنى المألوف. ومثل ذلك أيضاً القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٤٩ وينص على ما يأتى: «يمنح الموظفون الأجانب بالمحاكم المختلطة الذين يستغنى عن خدمتهم لمناسبة إلغاء هذه المحاكم فى ١٤ اكتوبر سنة ١٩٤٩ تعويضاً يقدر طبقاً للقواعد المبينة فى المواد التالية». فالطائفة التى ينظمها هذا القانون طائفة غير محدودة، لا لاحتمال تغيير أشخاصهم فحسب، بل أيضاً لعدم تحديد من يستغنى عن خدمته منهم.

فهنا ينظم التشريع طائفة محدودة من الوقائع، هى امتحانات معينة أديت فى فترة محدودة التاريخ، ولكنه لايميز فى هذه الامتحانات بين امتحان وآخر ولا يقصد إلى امتحان منها بالذات، فهو تشريع عام مجرد. أما القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٨ الخاص بكلية طب العباسية - وينص على أنه «... يصح فى تعيين الأساتذة والأساتذة المساعدين بكلية طب العباسية التجاوز عن الشرطين الأولين... ويعمل بهذا التجاز ابتداء من تاريخ العمل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ حتى نهاية السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨» - فهو أيضاً تشريع عام مجرد، وهو فوق ذلك يسرى على طائفة غير محدودة من الأشخاص هم الذين يعينون أساتذة أو أساتذة مساعدين فى خلال السنة الجامعية ١٩٤٧ - ١٩٤٨. وإذا كان هذا التشريع ذا أثر رجعي إذ هو يسرى على التعيينات السابقة على وقت العمل به، فإن هذا لايمنع من صحته لأنه يجوز أن يكون التشريع ذا أثر رجعي ما دام قد تضمن نصاً خاصاً على الرجعية. ويلاحظ أن الرجعية بطبيعتها، فى أى تشريع، تجعل هذا التشريع يسرى على طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع، هى الطائفة التى وجدت فى خلال المدة التى جعل فيها التشريع رجعياً.

المرسوم بقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٤: وينص على ما يأتى: «م ١ - تبطل جميع الترقيات والعلاوات الاستثنائية التى منحت للموظفين فى المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤... م ٢ - تبطل فيما يتعلق بالدرجة والماهية جميع التعيينات الاستثنائية الصادرة.. فى المدة من ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ إلى ٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ وكذلك جميع التعيينات التى تقررت فى المدة المذكورة خلافاً لأحكام المرسوم الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٥... م ٧ - القرارات الصادرة بإبطال الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية أو بتعديلها وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون تعتبر نهائية، ولا يجوز للمحاكم قبول الدعاوى التى ترفع إليها بسبب تطبيق احكام هذا المرسوم بقانون». فهذا تشريع يطبق على طائفة محدودة من الوقائع، هى الترقيات والعلاوات والتعيينات والمعاشات الاستثنائية التى منحت للموظفين فى فترة محدودة من الزمن تقع بين تاريخين معلومين. ولكنه تشريع لا يميز فى هذه

الوقائع بين واقعة وواقعة . ولا يقصد إلى واقعة منها بالذات ، فهو تشريع عام مجرد . وإذا كانت هناك ملاحظة يجوز إبداؤها ، فقد يقال إن التشريع بحكم الإبطال الذى قرره لم يكن فى حاجة إلى منع المحاكم من سماع الدعاوى التى ترفع فى هذا الشأن . على أن المنع محل للنظر . فهو إذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات تصدر مخالفة التشريع ، كان المنع غير جائز إذ هو يخلى الحكومة من مسئوليتها عن مخالفة القانون . وإذا قصد به منع الدعاوى عن قرارات لا تخالف التشريع كان محدود الأهمية من الناحية العملية إذ هو لا يؤدى إلى اكثر من جعل المحكمة تقضى بعدم قبول الدعاوى بدلا من أن تقضى برفضها(١) . وحتى هذا ، القول إن فيه اخلال بحق التقاضى ، وسنعود إلى هذه المسألة فى مكان آخر . وما قيل فى هذا التشريع من حيث العموم والتجرد يقال فى تشريع يناظره صدر اخيراً فى سنة ١٩٥٢ ، ويقضى هو ايضاً بإلغاء طائفة معينة من الاستثناءات سبقت صدوره . غير أن التشريع الأخير لم يشتمل على نص يمنع من سماع الدعوى .

ويتبين مما قدمناه أن هناك كثيراً من التشريعات لا تسرى الا على طائفة محدودة من الأشخاص أو من الوقائع ، وليس ثمة ما يمنع من أن تكون هذه التشريعات عامة مجردة مادامت لا تميز بين شخص وشخص أو بين واقعة وواقعة ومادامت لا تقصد إلى شخص معين أو إلى واقعة بالذات . وقد يعترض على هذا النظر بأن التشريع لطائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع يختلط بالقرار الإدارى ، إذ يجوز أن يتناول قرار إدارى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع وينزل عليها جميعاً حكما واحدا . ولكن هذا الاعتراض لا يؤدى إلى اكثر من تقرير أن الطائفة المحدودة من الأشخاص أو الوقائع تصلح أن تكون محلا لقرار إدارى كما تصلح أن تكون محلا لتشريع . على أن هناك فرقين جوهريين بين القرار الإدارى والتشريع فى هذه الناحية . فالقرار الإدارى إنما ينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها افراداً معينين بالذات تجوز التسوية بينها كما تجوز التفرقة ، أما التشريع فينظر إلى الطائفة المحدودة باعتبارها مجموعاً لا تصح التجزئة فيه ولا يجوز التمييز بين افراده . ثم إن القرار الإدارى

(١) قانون الحكم الصادر من محكمة القضاء الإدارى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عاصم ١ ص ٢٧٤ ـ ص ٢٨٢

يجب أن يكون في حدود القوانين القائمة فلا يجوز أن يخالف تشريعاً معمولا به وقت صدوره. أما التشريع فيجوز أن يخالف تشريعاً قائماً فينسخه. والواقع من الأمر أن الذي يدعو المشرع في الكثرة الغالبة من الاحوال إلى التدخل لتنظيم طائفة مخصوصة من الأشخاص أو الوقائع هو بالذات رغبته في أن ينسخ تشريعاً قائماً بتشريعاً جديد، حيث لا يستطاع ذلك عن طريق القرار الإداري.

ثانيا- مخالفة التشريع في محله لنص من نصوص الدستور التي ترسم للمشرع سلطة محددة.

قلنا انه يجب ايضاً أن يكون محل التشريع غير مخالف لنص دستوري من النصوص التي ترسم للمشرع سلطة محددة (pouvoir lié). ونستطيع أن نقسم هذه النصوص الدستور إلى طائفتين: طائفة تتعلق بالحريات والحقوق العامة، وأخرى لا تتعلق بها.

النصوص المتعلقة بالحريات والحقوق العامة:

سبق أن قررنا انه يمكن القول بأن تحديد حرية من الحريات الدستورية أو تنظيم حق من الحقوق العامة للأفراد، مما نص الدستور على أن يكون تحديده أو تنظيمه بقانون. لا يجوز أن يتم عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين في المادة ٤١ من الدستور. ويستند هذا الرأى إما إلى أن الدستور اشترط أن تكون إداة التنظيم في الحريات العامة هو القانون، فالمرسوم بقانون يكون إذن مشوبا بعيب في الاختصاص. أو إلى أن المرسوم بقانون يقتضي قيام ضرورة لا تقوم عادة في صدد تنظيم الحريات العامة. فالمرسوم بقانون يكون إذن منطوياً على انحراف في استعمال السلطة التشريعية. فيجب في كلا الاعتبارين أن يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة عن طريق قوانين يقررها البرلمان. وهنا يجعل الدستور للبرلمان سلطة تقديرية في هذا التنظيم، على الا ينحرف بها عن الغرض المرسوم. فالدستور لم يقصد نقص الحريات والحقوق العامة أو الانتقاص منها، بل قصد تنظيمها. فإذا خرج المشرع على هذا الغرض، فنقض الحريات والحقوق العامة أو انتقص منها، كان التشريع مشوباً بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية، ومن ثم يكون باطلا. وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

على أنه يوجد إلى جانب الحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون حريات أخرى وحقوق عامة لا يجيز الدستور تقييدها بتشريع يقرره البرلمان. فهذه لم يجعل الدستور للمشرع عليها من سبيل. بل هى حريات وحقوق تجوز تسميتها بالحريات والحقوق المطلقة، فلا يجوز للمشرع أن يتدخل بتشريع فى تحديدها، وإلا كان التشريع باطلا لمخالفة الدستور[1]. ونورد بعض النصوص الدستورية فى هذا الصدد:

تنص المادة ٣ من الدستور على ما يأتى: «المصريون لدى القانون سواء، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسية وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين» فحق المصريين فى المساواة حق عام مطلق لا يجوز تحديده. وإذا صدر تشريع يحد من هذا الحق، بأن جعل لطائفة من المصريين امتيازاً على غيرها من الطوائف مما يخل بحق المساواة، أو أعفى طائفة من المصريين من بعض الواجبات والتكاليف العامة، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنص المادة ٣ من الدستور. وتطبيقاً لهذا المبدأ تقضى محكمة القضاء الإدارى ببطلان التشريع الذى يعفى طائفة من المصريين، هى طائفة العربان، من الخدمة العسكرية. كذلك يكون باطلا

---

(١) وهذا التفريق بين الحريات والحقوق العامة المطلقة والحريات والحقوق العامة التى يجوز تنظيمها بقانون سجلته محكمة القضاء الإدارى فى احد احكامها (الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥١) على الوجه الآتى: «ومن حيث إن الدستور قد افرد باباً خاصاً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم. وهو من أهم ما اشتمل عليه من احكام. وقد قصد به، كما جاء فى التقرير المرفوع من لجنة الدستور، ان يكون وضعاً قانونياً له حكم الدستور وعلوه على القوانين العادية، وحتى يكون قيداً للشارع المصرى لا يتعداه فيما يسنه من الأحكام. ومن حيث إنه يستخلص من النصوص الواردة فى هذا الباب ومن الأعمال التحضيرية للجنة الدستور ان هذه النصوص التى تقرر الحقوق العامة للمصريين إنما هى خطاب من الدستور للمشرع يقيد فيه من حرية المشرع ذاته. فتارة يقرر الدستور الحرية العامة ويبيح للمشرع تنظيمها من غير نقض أو انتقاص، وطوراً يطلق الحرية إطلاقا لا سبيل معه إلى تقييدها او تنظيمها ولو بتشريع... فمن الحقوق العامة التى اطلقها الدستور ما قرره فى المادة الثالثة منه من أن المصريين لدى القانون سواء، وهم متساوون فى التمتع بالحقوق المدنية والسياسيه وفيما عليهم من الواجبات والتكاليف العامة، لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الأصل او اللغة او الدين. ومن الحريات التى اباح فيها الدستور التنظيم للمشرع ما ورد فى المادة الرابعة عشرة من ان حرية الرأى مكفولة. ولكل إنسان الاعراب عن فكره بالقول او بالكتابة او بالتصوير او بغير ذلك فى حدود القانون (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى ٥ رقم ٣٥٧ ص ١٠٩٩).

التشريع الذى يجحف بطائفة من المصريين ، فيخل بالمساواة بينها وبين الطوائف الأخرى ، ومن ثم جاز التساؤل هل يكون دستورياً التشريع الذى يحرم المرأة من حق الانتخاب أو من حق تولى المناصب العامة إذا توافرت فيها الشروط الواجب توافرها لمباشرة حق الانتخاب أو لتولى منصب معين من المناصب العامة . ولايكفى فى هذا الشأن أن يقال إن المساواة قد تحققت بحرمان النساء جميعاً من حق معين ، فإن المساواة فى الحرمان إمعان فى الحرمان ، وهى إخلال بالغ بالمساوة بين الجنسين . كذلك لا يكفى القول إن الدستور لم يحظر ، فى الإخلال بالمساواة ، إلا أن يكون ذلك بسبب الأصل أو اللغة أو الدين ، فإن هذه أسباب لم ترد على سبيل الحصر . ولا شك فى أن الجنس ، كالأصل واللغة والدين ، لا يصح أن يكون سبباً للإخلال بالمساواة فى الحقوق والواجبات ، إلا فيما يكون الجنس فيه عائقاً طبيعياً أو إجتماعياً عن القيام بواجب أو عن التمتع بحق . ومن ثم كان مستساغاً إعفاء المرأة من الخدمة العسكرية على الوجه الذى نظمت به هذه الخدمة للرجال ، وليس ثمة ما يمنع من تنظيم خدمة عسكرية تلائم طبيعة المرأة . ومن ثم أيضاً كان مستساغاً حرمان المرأة من بعض المناصب التى لاتليق لها اجتماعياً فى الوقت الحاضر ، حتى إذا تطور المجتمع المصرى وجب تحقيق المساواة بين المرأة والرجل فى هذه المناصب(١) .

وتنص المادة ٦ من الدستور على ما يأتى « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها » . ومن ثم إذا صدر تشريع يعاقب على فعل سابق على صدوره ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته للدستور . وفى غير الجريمة والعقوبة يجوز أن يكون للتشريع اثر رجعى بنص خاص وفقاً للمادة ٢٧ من الدستور

وتنص المادة ٧ من الدستور على ما يأتى : « ولا يجوز إبعاد مصرى من الديار المصرية » . فإذا صدر تشريع يجيز إبعاد مصرى عن مصر

---

(١) وتقدير ما إذا كانت المرأة قد أصبحت لائقة إجتماعيا لمباشرة حق أو لتولى منصب متروك للمشرع فى حالة التشريع ، وللإدارة فى حالة القرار الإدارى ، على الا يكون هناك إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية او السلطة الإدارية .

كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته الدستور . وكابعاد المصرى عن بلده منعه من الرجوع إليها بعد أن خرج منها . والتشريع الذى يجيز هذا المنع يكون باطلاً .

وتنص المادة ٩ من الدستور على أن : «للملكية حرمة ، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة بالقانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً» . فلا يجوز إذن أن يباح بتشريع نزع الملكية لغير المنفعة العامة أو دون تعويض أصلاً أو دون تعويض عادل ، وإذا صدر تشريع يبيح هذا كان باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٠ من الدستور على أن : «عقوبة المصادرة العامة للأموال محظورة» . فالتشريع الذى يبيح المصادرة العامة للأموال يكون باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ١٢ من الدستور على أن : «حرية الاعتقاد مطلقة» . فالتشريع الذى يفرض ديناً معيناً أو مذهباً دينياً على الناس يكون باطلاً لمخالفته للدستور . كذلك التشريع الذى يقيد من حرية القيام بالشعائر الدينية فى حدود النظام العام والآداب وفى حدود العادات المرعية يكون باطلاً لمخالفته للمادة ١٣ من الدستور ، وهى تنص على أن «تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية ، على الا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب» .

وتنص المادة ١٥ من الدستور على أن : «الصحافة حرة فى حدود القانون . والرقابة على الصحف محظورة . وإنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى محظور كذلك إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الإجتماعى» . فالتشريع الذى يجيز إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإدارى لغير وقاية النظام الإجتماعى ، وتقدير ما يدخل فى دائرة النظام الإجتماعى متروك للمشرع ، على الا ينحرف فى إستعمال سلطته التشريعية عن الغاية التى قصد الدستور إلى تحقيقها .

وتنص المادة ١٦ من الدستور على ما يأتى : «لا يسوغ تقييد حرية أحد فى إستعماله اية لغة أراد فى المعاملات الخاصة أو التجارية أو فى الأمور الدينية أو فى الصحف والمطبوعات أياً كان نوعها أو فى

الإجتماعات العامة » . فالتشريع الذى يفرض لغة معينة ، ولو كانت اللغة العربية ، فى المعاملات الخاصة أو فى التجارة أو فى الدين أو فى الأمور العامة من صحافة ونشر وإجتماعات ، يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . ولكن يجوز أن يفرض التشريع لغة واحدة أو أكثر فى المعاملات الرسمية . كما فى التقاضى أمام المحاكم وفى المعاملات التى تكون الحكومة طرفاً فيها .

نصوص الدستور التى وردت فى غير الحريات والحقوق العامة والتى ترسم للمشرع سلطة محددة :

هذه نصوص كثيرة نستعرض بعضاً منها :

تنص المادة ٥٦ من الدستور على أنه « عند تولية الملك تعين مخصصاته ومخصصات البيت المالك بقانون وذلك لمدة حكمه » . وقد عين القانون مخصصات جلالة الملك فاروق الأول بمبلغ مائة ألف جنيه فى السنة لمدة حكمه ، فلا يجوز طوال مدة هذا الحكم أن ينقص تشريع من هذه المخصصات أو أن يزيد فيها ، وإلا كان تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٥٨ من الدستور على أنه « لا يلى الوزارة إلا مصرى » ، وتنص المادة ٥٩ على أنه « لا يلى الوزارة أحد من الأسرة المالكة » . فالتشريع الذى يجيز أن يلى الوزارة أجنبى أو أن يليها أحد من الأسرة المالكة يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور .

وتنص المادة ٦٤ من الدستور على أنه « لا يجوز للوزير أن يشترى أو يستأجر شيئاً من أملاك الحكومة ولو كان ذلك بالمزاد العام ، كما لا يجوز له أن يقبل أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة شركة ولا أن يشترك إشتراكاً فعلياً فى عمل تجارى أو مالى » . فالتشريع الذى يجيز للوزير شراء شىء من أملاك الحكومة أو إستئجاره ، أو الذى يجيز له أن يقبل فى أثناء وزارته العضوية بمجلس إدارة إحدى الشركات أو الإشتراك فى عمل تجارى أو مالى يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته للدستور . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يزيد التشريع من هذه القيود ، فيحرم على الوزير فى خلال مدة معينة بعد تنحيه عن الوزارة ما يحرمه عليه فى أثناء توليه الوزارة .

وتنص المادة ٦٦ من الدستور على أن «لمجلس النواب وحده حق إتهام الوزراء فيما يقع منهم من الجرائم في تأدية وظائفهم. ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي الآراء. ولمجلس الأحكام المخصوص وحده حق محاكمة الوزراء عما يقع منهم من تلك الجرائم». فإذا صدر تشريع يجعل لغير مجلس النواب حق إتهام الوزراء في الجرائم التي تقع منهم في تأدية وظائفهم، أو لغير مجلس الأحكام المخصوص حق محاكمة الوزراء عن هذه الجرائم، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ٧٧ من الدستور على وجوب أن يكون عضو الشيوخ قد بلغ من العمر أربعين سنة، والمادة ٧٨ على أن يكون هذا العضو من إحدى طبقات معينة، والمادة ٨٥ على أن يكون النائب قد بلغ من العمر ثلاثين سنة. فإذا صدر قانون إنتخاب يتعارض مع هذه الشروط، كان هذا القانون باطلاً لمخالفته للدستور. وتنص المادتان ٧٦ و ٨٤ من الدستور على أن تعتبر دائرة إنتخابية كل مديرية أو محافظة لها حق إنتخاب عضو بمجلس الشيوخ أو نائب وكذلك كل قسم من مديرية أو محافظة له هذا الحق. وقد يفهم من هذين النصين أن الإنتخاب الفردي على أساس الدائرة، دون الإنتخاب بالقائمة، هو الجائز دستورياً، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الإنتخاب بطريق التمثيل النسبي ما دام يجري على أساس الدائرة الفردية

وتنص المواد ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ من الدستور على قواعد تكفل الحصانة البرلمانية، فلو صدر تشريع يخل بهذه الحصانة أو ينتقص منها، بأن يجيز مثلاً إتخاذ إجراءات ضد عضو البرلمان بغير إذن المجلس التابع هو له في أثناء دور إنعقاده، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ١٤٩ من الدستور على أن «الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية»، وتنص المادة ١٥٠ على أن «مدينة القاهرة قاعدة المملكة المصرية». فلو صدر تشريع يجعل دين الدولة غير الإسلام، أو يمنع من أن يكون للدولة دين رسمي. او يجعل اللغة الرسمية غير العربية، أو العاصمة غير القاهرة، كان التشريع باطلاً لمخالفته للدستور.

وتنص المادة ١٥١ من الدستور على أن «تسليم اللاجئين السياسيين محظور». وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التي يقصد بها

المحافظة على النظام الإجتماعي» . فلو صدر تشريع يجيز تسليم اللاجئين السياسيين، أو صدق البرلمان على إتفاق دولي يجيز تسليم اللاجئين السياسيين في غير المحافظة على النظام الإجتماعي، كان هذا باطلاً لمخالفته للدستور.

وهناك مسائل عينها الدستور وأوجب أن يكون تنظيمها بقانون، فلو صدر تشريع يجيز تنظيمها بلائحة إدارية كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته للدستور. ومن هذه المسائل الجنسية المصرية (م ٢)، ونزع الملكية للمنفعة العامة (م ٩)، وتنظيم الحريات والحقوق العامة (م ٣ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ١١ و ١٤ و ٢٠ و ٢١)، وتنظيم أمور التعليم العام (م ١٨)، والأثر الرجعي للتشريع (م ٢٧)، ومخصصات الملك والبيت المالك (م ٥)، وتحديد الدوائر الانتخابية (م ٧٦ و ٨٤) والضرائب والرسوم (م ١٣٤ و ١٣٥) وتقرير معاش على خزانة الحكومة أو تعويض أو إعانة أو مكافأة (م ١٣٦)، والقروض العامة. وإلتزام المرافق العامة والاحتكار وغيرها من المسائل المبينة في المادة ١٣٧ من الدستور، والميزانية والحساب الختامي (م ١٣٨ و ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥)، والقوات المسلحة (م ١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨)، والعفو الشامل (م ١٥٢)، والمعاهد الدينية والأوقاف والمسائل الخاصة بالأديان المسموح بها في البلاد (م ١٥٣)، وتنظيم الأحكام العرفية (م ١٥٥)[1].

---

(١) ومن بين هذه المسائل ما ينص الدستور على ان يتولى وحده تنظيمه الشامل. كالجنسية المصرية والضرائب والقوات المسلحة والأحكام العرفية. ومنها ما ينص على ان يكون تنظيمه بناء على القانون او في حدود القانون. فيصدر قانون يضع اسس التنظيم وتتكفل اللوائح الإدارية بالتفصيلات. وذلك كالرسوم وتقرير معاش على خزانة الحكومة او تعويض او إعانة او مكافأة.

والنص العربي للمادة ١٣٧ من الدستور لايجيز منح التزام المرافق العامة والاحتكار «إلا بقانون». أما النص الفرنسي لهذه المادة فيجيز المنح طبقاً للقانون (conformément à la loi) فيصح إذن ان يعهد قانون للسلطة الإدارية بمنح الالتزام او الاحتكار. ولكن الأمر انتهى، بعد خلاف في الرأي، بأن اقر البرلمان الرأي القائل بوجوب اصدار قانون خاص لمنح اى التزام بالذات، على ان يعتبر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ هو القانون العام للمرافق التي تدار بطريق الامتياز.

القسم الثـــانى

الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية

(ركن الغـاية فى التشريع)

الإنحراف فى السلطة التشريعية يأتى فى تقريرنا بمثابة مرحلة تطور ثالثه تتوج مرحلتين سابقتين، تتمثلان فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية. فمتى تصورنا تعسف الشخص فى استعمال حقه، ثم تصورنا انحراف الإدارة فى استعمال سلطتها الإدارية، فما الذى يمنع بعد ذلك من أن نتصور انحراف البرلمان فى استعمال سلطته التشريعية؟

أما انحراف القضاء فى استعمال سلطته القضائية، فقد كفل علاجه نظام القضاء ذاته. إذ يتولى إصلاح الخطأ فى القضاء، ويرد القضاء فى الوقت ذاته إلى السبيل السوى، نظم قضائية مختلفة، أهمها طرق الطعن فى الأحكام، وعدم صلاحية القضاء للحكم، وجواز ردهم مخاصمتهم. فالقضاء هو الذى يتولى الرقابة بنفسة على نفسة.

وقبل أن نرسم خطة البحث فى انحراف السلطة التشريعية، يحسن الرجوع لما استقر من المبادىء فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية، فهذه نظرية قد فرغ منها، وأصبحت من النظريات المسلمة فى القانون الإدارى فقهاً وقضاءً. وما علينا إلا أن ننسج على منوال هذه النظرية المستقرة، وأن نرسم الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية على غرار الخطوط الرئيسية فى نظرية الانحراف فى استعمال السطة الإدارية. لذلك رأينا أن نستعرض فى نظرة سريعة الأسس التى تقوم عليها هذه النظرية الأخيرة حتى نسير على هداها فى بسط النظرية الأولى.

قدمنا أن نظرية الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية هى من خلق قضاء مجلس الدولة فى فرنسا. والطعن فى القرار الإدارى بالانحراف لا يكون إلا حيث يصدر هذا القرار عن سلطة تقديرية من جانب الإدارة.

أما السلطة المحددة فلا ينفتح فيها الانحراف فى استعمال السلطة ، لأن الإدارة هنا سلطتها مقيدة ، يتحتم علينا أن تستعملها على وجه معين ، وإلا كانت مخالفة للقانون لا منحرفة فى استعمال سلطتها .

والموظف إذا إتخذ قراراً عن سلطة تقديرية تمتع بقسط من حرية التقدير . على انه مهما تكن الحرية التى يتمتع بها ، فانه يجب عليه أن يهدف فى جميع الأحوال إلى تحقيق المصلحة العامة . فالمصلحة العامة هى غاية الغايات فى كل قرار إدارى ، ولا يجوز لموظف أن ينحرف عنها .

على أن القانون ، فى كثير من أعمال الإدارة ، لا يكتفى بهذا النطاق الواسع ، نطاق المصلحة العامة ، بل يخصص هدفاً معيناً يجعله نطاقاً لعمل إدارى معين . فيجب فى هذه الحالة أن يلتزم الموظف فى قراره ، لا المصلحة العامة فحسب بل أيضاً الهدف الخاص الذى عينه القانون لهذا القرار . وهذه هى قاعدة تخصيص الأهداف (la specialité du but) . ويحدث أن يصرح القانون بهذا الهدف المخصص ، كما يفعل عادة عندما يقرر سلطة فى الاستيلاء لمصلحة التعلم أو لأغراض التموين أو لتقييد التصدير والاستيراد . فإذا لم يصرح القانون بشىء ، امكن استخلاص الهدف المخصص - إن كان موجوداً - من الاعمال التحضيرية للتشريع أو من طبيعة السلطة الممنوحة للإدارة . فسلطات البوليس مثلا ترمى بطبيعتها إلى تحقيق اهداف ثلاثة ، هى الأمن ، والصحة ، والسكينة ، فلا يجوز استعمالها للحصول على موارد مالية للخزينة . والسلطة الرئاسية فى نقل الموظفين تهدف بطبيعتها إلى حسن انتظام العمل ووضع كل موظف فى مكانه المناسب ، فلا يجوز استعمالها لتوقيع عقوبة على الموظف ، فإن هذا من شأن السلطة التأديبية . ونرى من ذلك أن قاعدة تخصيص الأهداف تقيد القرار الإدارى بالغاية المخصصة التى رسمت له ، فإن خرج الموظف على هذه الغاية ، حتى لو كان هدفه هو تحقيق المصلحة العامة فى ذاتها ، كان قراره مشوباً بالانحراف ووقع بطلاً . وفى المثلين اللذين قدمناهما ما يدل على ذلك . فقد يكون السعى للحصول على موارد مالية تسد ما تشكوه الخزينة من عجز أمراً تقتضيه المصلحة العامة ، ولكن لا يجوز استعمال سلطات البوليس ذات الأهداف المخصصة لتحقيق هذه المصلحة العامة . وقد يكون الموظف الذى نقل إلى عمل غير عمله يستحق التأديب ، ولكن لا يجوز استعمال سلطة

النقل لتأديبه ، فالتأديب له سلطة أخرى . على أنه يحسن عدم التوسع فى تطبيق قاعدة تخصيص الأهداف ، فهناك اتجاه حديث لوحظ فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى يرمى إلى تجنب إلغاء القرار الإدارى الذى انحرف عن غايته المخصصة إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة أخرى لا تقل عنها فى الخطر .

ويتبين مما تقدم أن معيار الانحراف فى استعمال السلطة الإدارية ذو شقين : شق ذاتى وشق موضوعى . فالشق الذاتى يتعلق بتعرف النوايا والأغراض والغايات التى أضمرها الموظف وهو يصدر القرار الإدارى ، فهذه الغايات قد تكون بريئة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وإلى تحقيق الغاية المخصصة التى رسمت للقرار ، فعند ذلك يسلم القرار من عيب الانحراف . وقد تكون مع استهدافها المصلحة العامة قد جانبت الغاية المخصصة ، فعند ذلك لا يسلم القرار من عيب الانحراف وإن كان الموظف يبقى حسن النية . وقد تكون أخيراً غايات لا تمت لا إلى الغاية المخصصة ولا إلى المصلحة العامة ، كأن تكون غايات شخصية ترمى إلى الانتقام أو إلى تحقيق نفع شخصى أو إلى تحقيق أغراض دينية أو سياسية أو حزبية أو نحو ذلك وعند ذلك يكون القرار ملوثاً بعيب الانحراف ويكون الموظف سيء النية . هذا هو الشق الذاتى . أما الشق الموضوعى فهو واحد لا يتغير ، وهو أولا المصلحة العامة التى يجب أن تكون دائماً رائد الموظف فى القرار الإدارى الذى يصدره ، وهو ثانياً الغاية المخصصة التى رسمها القانون لقرار معين . ومعيار الانحراف بشقيه أقرب إلى الموضوعية من معيار التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى . فمعيار الانحراف ، كما رأينا ، لا يتمحض معياراً ذاتياً فى تطبيق من تطبيقاته . أما معيار التعسف فيتراوح بين أن يكون فى بعض تطبيقاته معياراً ذاتياً محضاً .

ولما كان معيار الانحراف ينطوى على شق ذاتى كما قدمنا ، فإن إثبات هذا العيب يكون دقيقاً فى كثير من الأحوال . ذلك أن القرار المشوب بعيب الانحراف هو قرار برىء فى ظاهره ، معيب فى باطنه . فهو قد صدر من موظف مختص ، وصدر فى الشكل القانونى الواجب ، ولم يخالف أحكام القانون فى نصوصه ، وإن خالفها فى روحه وفحواه . فالعيب خفى يصعب تبينه . ومن ثم وضع مجلس الدولة الفرنسى قاعدتين فى هذا الصدد :

(القاعدة الأولى) أنه إذا اجتمع عيب آخر مع عيب الانحراف ، اقتصر النظر على هذا العيب الآخر فالغى القرار المطعون فيه بسبب الانحراف ، وذلك تجنباً لمشاق البحث فى إثبات الانحراف وهل هو قائم أو غير قائم. فأصبح عيب الانحراف على هذا النحو ذا صفة احتياطية subsidiaire ، لا يتعرض له القاضى إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى . وقد جارى مجلس الدولة المصرى فى هذا قضاء مجلس الدولة الفرنسى . (والقاعدة الثانية) ان إثبات عيب الانحراف - إذا لم يكن بد من بحثه بأن كان هو العيب الوحيد الذى يشوب القرار الإدارى- إثبات موضوعى اكثر منه إثباتاً ذاتياً . فالقاضى - كما يقول ميشو - إذا بحث فى نوايا الموظف فكشف منها عن غاية غير مشروعة ، إنما يقصد أن يصل من ذلك إلى تبين إنعدام الغاية المشروعة ، لا إلى إثبات الغاية غير المشروعة . ويتلمس القاضى - طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - الدليل على وجود الإنحراف فى القرار المطعون فيه ذاته أو فى ملف القضية ، فكثيراً ما تكشف الأوراق المضمومة إلى الملف عن الأغراض التى هدفت الإدارة إلى تحقيقها بإصدار القرار ، فمن مناقشات مكتوبة ، إلى محاضر مسجلة ، إلى مراسلات متبادلة ، إلى غير ذلك من أوراق ومستندات ، كل هذه وثائق ينطوى عليها الملف ، وتكشف فى كثير من الأحوال هن نوايا الإدارة . وقد توسع مجلس لدولة الفرنسى بعد ذلك فى تلمس الدليل ، فجاوز « ملف القضية » إلى غيره من الأدلة . فكيفية إصدار القرار ، وطريقة تنفيذه ، والظروف التى أحاطت به ، وكون الإدارة ميزت بين طائفتين دون مبرر ، وإنعدام الدافع المعقول (mobile plausible) ، بل عدم الملاءمة الظاهرة (inopportunité flagrante) ، أى شىء من هذا يكفى دليلاً على وجود عيب الإنحراف . أما مجلس الدولة المصرى فقد نهج منهج مجلس الدولة الفرنسى فى هذا التوسع ، بل سار خطوة أبعد ، إذ قضى بنقل عبء الإثبات عن المدعى إلى الإدارة إذا قامت قرينة تبرر ذلك .

وغنى عن البيان أن جزاء عيب الإنحراف هو بطلان القرار الإدارى . وإذا نفذ القرار فأصاب تنفيذه شخصاً بالضرر ، كان لهذا أن يطالب بالتعويض . ويتساهل مجلس الدولة الفرنسى فى قبول أدلة الإنحراف إذا كان المطلوب هو التعويض لا الإلغاء .

هذه هي الأسس التي إستقرت في نظرية الإنحراف في إستعمال السلطة الإدارية. فهل نستطيع السير على هدى من هذه الأسس للقول بجواز الأنحراف في إستعمال السلطة التشريعية؟

يتبين القارىء لأول وهلة أن الأمر دقيق، بل هو بالغ الدقة. فإنه إذا امكن أن يقال إن التشريع يكون باطلاً إذا خالف الدستور إذ يكفي للتثبت من ذلك الوقوف عند نصوص دستورية منضبطة، فالقول بأن التشريع يكون ايضاً باطلاً إذا شابه إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية قول لا شك خطير. فنحن لم نكد نفرغ من تقرير المبدأ الأول الخاص بمخالفة التشريع لنصوص الدستور، ولم يكد هذا المبدأ يستقر في فقهنا وقضائنا. فكيف نخطو خطوة ابعد، ونقول إن التشريع كما يخالف الدستور في نصوصه واحكامه قد يخالفه في روحه وفحواه؟ اليست هذه خطوة بعيدة المدى لا تؤمن مغبتها، بل قفزة جريئة قد تفضي إلى العثار!

وأبرز خطر في هذا القول هو خطر القلقلة وعدم الاستقرار. ذلك أن التشريع إذا شاب دستوريته ظل من الشك صار مزعزعاً، واضطربت المراكز القانونية التي ينظمها.

ولكن مع التسليم بوجود هذا الخطر يوجد اعتبار يعارضه ولا يقل في الأهمية عنه، هو وجوب حماية الدستور بإلتزام الغايات التي توخاها، فمتى إنحرف التشريع عن هذه الغايات وجبت إطالة النظر، وتعين التماس علاج لهذه الحالة الخطيرة.

فنحن لا يسعنا بين هذين الاعتبارين الرئيسين المتعارضين- توطيد الاستقرار وحماية الدستور- إلا أن نعطي لكل اعتبار حقه، وأن نلتزم بينهما التوسط والاعتدال.

وقد خطأ مجلس الدولة الفرنسي خطوة تمهيدية في هذا السبيل. فهو يقضي بجواز التعويض لمن أصابه ضرر من جراء تشريع صدر صحيحاً ولكنه مس حقاً من حقوقه المكتسبة[١]. توجد إذن بوادر تؤذن

---

(١) ونظير ذلك - في الميدان الإداري لا الميدان التشريعي- قرار يهدف إلى المصلحة العامة؛ ولكن تختار الإدارة في إصداره وقتاً غير مناسب، او وسيلة غير مناسبة، او ترتب بإتخاذه جزاء غير متناسب مع اهمية الوقائع الثابتة. فهذا القرار الإداري يبقى صحيحاً، ولكن إذا اصاب شخصاً بالضرر وجب التعويض. وهذا ما يسميه بعض الفقهاء بالتعسف في إستعمال الحقوق الإدارية (انظر الدكتور محمد سليمان الطماوي في نظرية التعسف في إستعمال السلطة- الإسكندرية ١٩٥٠ ص ١٦٥ وما بعدها).

بمناقشة التشريع ، عن طريق التعويض ، حتى لو صدر صحيحاً . فكيف لا يناقش التشريع ، عن طريق الإبطال ، وقد صدر مخالفاً للغايات التى ترخاها الدستور !

على أن بحثنا هنا لا يعدو أن يكون محاولة أولى للدخول فى مناقشة هذا الموضوع الخطير . وقد أخذنا على أنفسنا ، كما سبق القول ، أن يكون بحثاً موضوعياً مجرداً ، حتى تكون له قيمة موضوعية لا تختلف باختلاف النظر الذاتى .

ونرسم الآن خطتنا فى بحث الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فنحدد أولاً المنطقة التى يجوز هذا الإنحراف . ونتكلم ثانياً فى المعيار الذى ينبغى إتخاذه . ونبين اخيراً كيف يكون إثبات الإنحراف وما هو الجزاء الذى يترتب عليه .

(١)
منطقة الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية

رأينا فيما قدمناه عن الإنحراف فى إستعمال السلطة الإدارية أن هذا الإنحراف لا يتصور إلا حيث تكون للإدارة سلطة تقديرية . اما إذا كانت سلطة الإدارة محددة ، فلا يتصور إنحراف فى إستعمالها ولكن تتصور مجاوزة حدودها فتكون هناك مخالفة للقانون .

ونستطيع أن ننقل هذا المبدأ إلى نظرية الإنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فنقول إن منطقة هذا الإنحراف هى المنطقة التى يكون فيها للمشرع سلطة تقديرية . فعلينا الآن أن نرسم دائرة هذه المنطقة ، بأن نبين متى يحق للمشرع أن يتمتع بالسلطة التقديرية .

ويجمع بين الأمرين أن الجزاء على الضرر هنا فى القرار الإدارى ، كالجزاء على الضرر هناك فى التشريع ، هو التعويض دون الإبطال

المشرع في حدود الدستور له سلطة التشريع. فما لم يقيده الدستور بقيود محددة، فإن سلطته في التشريع هي سلطة تقديرية. ونرى من ذلك أن السلطة التقديرية هي الأصل في التشريع، والسلطة المحددة هي الاستثناء.

وقد رأينا فيما قدمناه أمثلة على السلطة المحددة في التشريع. فالمشرع لايستطيع بتشريع أن يخل بالمساواة الواجبة بين المصريين جميعاً، ولا يجوز له أن ينص على إبعاد المصري من بلاده، ولا أن يبيح المصادرة العامة للأموال، ولا أن يبسط الرقابة على الصحافة، ولا أن يجيز المصادرة الإدارية للصحف في غير وقاية النظام الاجتماعي، ولا أن يرخص للوزير في شراء أو استئجار شيء من أملاك الحكومة، ولا أن يخفض من سن النائب أو الشيخ، ولا أن يجعل عقد القروض أو منح التزام المرافق العامة عن غير طريق القانون. هذه أمثلة على السلطة المحددة للمشرع، بسطناها تفصيلا فيما تقدم. فإذا جاوزها المشرع، كان التشريع باطلا لمخالفته للدستور.

وفيما عدا هذه السلطة المحددة تكون سلطة المشرع سلطة تقديرية كما قدمنا. ونطاق هذه السلطة التقديرية يكاد يستغرق النشاط التشريعي. فهذا النطاق الواسع - نطاق السلطة التقديرية للمشرع - هو النطاق الذي يقع فيه الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية. ومن ثم نرى أن منطقة الانحراف في التشريع أوسع بكثير من منطقة مخالفة التشريع للدستور. ونتبين من ذلك الأهمية العملية للقول بإمكان إنحراف المشرع في إستعمال سلطته التشريعية.

فما هو معيار هذا الانحراف؟ هذه هي أهم مسألة في الموضوع، وهي المسألة التي نقف عندها طويلا فيما يلي.

(٢)

معيار الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية

إذا قسنا الانحراف في إستعمال السلطة التشريعية على الانحراف في إستعمال السلطة الإدارية، لقلنا إن المشرع يجب أن يستعمل سلطته التشريعية لتحقيق المصلحة العامة، فلا يتوخى غاية غيرها، ولا ينحرف

عنها إلى غاية أخرى، وإلا كان التشريع باطلا. ولكان المعيار هنا أيضاً ذا شقين، شقاً ذاتياً وشقاً موضوعياً فالشق الذاتي يتعلق بتعرف الأغراض والنوايا والغايات التى أضمرتها السلطة التشريعية وقصدت إلى تحقيقها بإصدارها تشريعاً معيناً. والشق الموضوعى هو المصلحة العامة التى يجب أن يتوخاها المشرع دائماً فى تشريعاته، وكذلك الغاية المخصصة التى رسمت لتشريع معين.

ولكن هذا المعيار الذاتى الموضوعى الذى سلمنا به فى الانحراف بالسلطة الإدارية يصعب التسليم به فى الانحراف بالسلطة التشريعية. فهو معيار مشوب بعنصر ذاتى، إذ يجب بمقتضاه الكشف عن النوايا والأغراض النفسية. وإذا كان هذا ممكناً مستساغاً بالنسبة إلى الإدارة، فيقال إن رجل الإدارة قد قصد إلى غايات شخصية كالانتقام أو تحصيل نفع شخصى أوتحقيق أغراض سياسية أو حزبية أو دينية أو نحو ذلك، فمن غير الممكن - وعلى كل حال فمن غير المستساغ - أن تنسب غايات شخصية إلى الهيئة التشريعية. فالمفروض دائماً أن هذه الهيئة إنما تستعمل سلطتها لتحقيق المصلحة العامة ولا غاية لها غير ذلك.

وحتى لو أصدر البرلمان تشريعاً قصد به أن يضر أو أن يفيد بعض الأفراد أو بعض الهيئات - ويقع ذلك فى بعض الأحيان - فإنه يحرص دائماً على إلباس هذا التشريع ثوباً من المصلحة العامة، ولا يذكر له من الأسباب إلا ما يمت لهذه المصلحة. فالتشريع الذى صدر بإنقاص سن الإحالة إلى المعاش للمستشار بمحكمة النقض من الخامسة والستين إلى الستين وكان سبباً فى إحالة بعض مستشارى هذه المحكمة إلى المعاش، والتشريع الذى صدر بخفض درجات النجاح فى الامتحانات الجامعية وكان سبباً فى إنجاح بعض الطلبة الراسبين، والتشريع الذى صدر ببسط إشراف وزير العدل على مجلس الدولة ومستشاريه وموظفيه الفنين. كل هذه تشريعات قيل فى شأنها إنها تمت للمصلحة العامة!

يصعب إذن إتخاذ معيار للانحراف فى استعمال السلطة التشريعية ينطوى ولو فى شق منه على عنصر ذاتى. وإذا ساغ إتخاذ معيار ذاتى محض للتعسف فى إستعمال الحق، فذلك لأن انطواء الشخص على نية الإضرار بالغير وهو يستعمل حقه الخاص أمر محتمل، بل هو أمر

مألوف . وعندما انتقلنا من الدائرة المدنية إلى الدائرة الإدارية تدرجنا من الذاتية إلى الموضوعية، وإتخذنا للانحراف فى إستعمال السلطة الإدارية معياراً ذاتياً موضوعياً ، لأن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته العامة أقل إنقياداً للدوافع الذاتية من الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة . وعلينا الآن عندما ننتقل من الدائرة الإدارية إلى الدائرة التشريعية أن نزداد تدرجاً من الذاتية إلى الموضوعية ، بل أن ننحاز إلى الموضوعية جملة واحدة ، فلا نقبل إلا معياراً موضوعياً محضاً لا يدخله أى عنصر ذاتي . ويبرر ذلك أمران : (أولهما) أن الواجب هو أن نفرض فى الهيئة التشريعية ، وهى تعلو فى النزاهة والتجرد عن الفرد وهو يباشر حقوقه الخاصة وعن رجل الإدارة وهو يمارس سلطته الإدارية . أنها لا تصدر فى جميع تشريعاتها إلا عن المصلحة العامة ، لاسيما انها هيئة مشكلة من عدد كبير من الأعضاء يصعب تواطؤهم على الباطل ، وهى هيئة تنوب عن الأمة فيفرض فيها التنكب عن الأغراض الذاتية . (والأمر الثانى) أن الأولى ، فى نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، إتخاذ معيار موضوعى ثابت مستقر ، لا يخطىء فى فهم معناه ولا نختلف فى تفسيره ، فيضفى هذا المعيار على التشريع ثباتاً واستقراراً لاشك فى حاجة التشريع إليهما ، بل لا شك فى أن حاجته إليهما تزيد كثيراً عن حاجة التصرف المدنى فى نظرية التعسف فى إستعمال الحق وعن حاجة القرار الإدارى فى نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة الادارية .

فما عسى أن يكون هذا المعيار الموضوعى ؟

من الخير ، فى هذا الموضوع الذى لا يزال فطيراً لم يختمر ، أن نسير فى أناة وحذر ، فلا نحاول أن نلقى بمبادىء ثابتة فى مسائل لم تتبلور ، ولا يزال الباحث فيها يتحسس طريقه . وبحسبنا هنا أن نستعرض للمعيار الموضوعي فروضاً خمسة ، ونتدرج ، ونحن نستعرض هذه الفروض ، فى الموضوعية ، بأقصى حدودها :

(١) فرض يرجع فيه إلى طبيعة التشريع ذاتها معياراً موضوعياً ، وهذه هى أقصى حدود الموضوعية .

(٢) فرض يجاوز فيه التشريع الغرض المخصص الذى رسم له ، وهذه هى ثانى مرتبة فى الموضوعية .

(٣) فرض تكفل فيه الحريات والحقوق العامة فى حدودها الموضوعية، وهذه هى المرتبة الثالثة للمعيار الموضوعى.

(٤) فرض تحمى فيه الحقوق المكتسبة، على أن يكون المعيار هنا ايضاً معياراً موضوعياً، ويأتى فى المرتبة الرابعة من الموضوعية.

(٥) فرض تقيد فيه السلطة التشريعية، وهى تستعمل بوجه عام سلطتها التقديرية فى التشريع، بمعيار موضوعى يستخلص، لا من نصوص الدستور، بل من مبادئه العليا ومن الروح التى تهيمن على هذه النصوص. وهنا يتسع مجال الاجتهاد، وتختلف أنظار الباحثين، ويكاد المعيار الموضوعى يتاخم المعيار الذاتى إذ هو من الموضوعية فى حدودها الدنيا.

ونستعرض الآن هذه الفروض الخمسة.

الفرض الأول- الرجوع إلى طبيعة التشريع ذاتها باعتبارها معياراً موضوعياً:

راينا أن التشريع بطبيعته قاعدة عامة مجردة، فالعموم والتجرد هما اللذان تتميز بهما القاعدة التشريعية عن القرار الإدارى. ورأينا أن البرلمان إذا أصدر قراراً إدارياً لايدخل ضمن القرارات الادارية التى يختص بإصدارها، كان القرار باطلاً لعيب فى الاختصاص. أما إذا أصدر قراراً فردياً، وقصد به أن يكون تشريعاً عاماً مجرداً، كان القرار باطلاً لعيب فى المحل.

هذا ماقررناه فيما تقدم. ونقرر هنا حالة ثالثة: يصدر البرلمان تشريعاً عاماً مجرداً وهو يعلم أنه لن يطبق فى الواقع إلا على حالة فردية واحدة. فهذه صورة هى عكس الصورة التى رأيناها فى الحالة الثانية. إذ البرلمان أراد هنا حالة فردية ولكنه أصدر تشريعاً عاماً مجردا، وأراد هناك تشريعاً عاماً مجرداً ولكنه أصدر قراراً فردياً

ونورد مثلا على الحالة الثالثة: يصدر البرلمان تشريعا بإلغاء هيئة قضائية للتخلص من أعضائها، ثم يعاد تشكيل الهيئة بتشريع آخر بعد مدة وجيزة من صدور التشريع الأول. فهنا قصد البرلمان أن يصدر قراراً إدارياً، فى صورة تشريع صورى، بعزل أعضاء هذه الهيئة القضائية

فالتشريع باطل. لأن البرلمان انحرف به في إستعمال سلتطه التشريعية. ومعيار الانحراف هنا موضوعي محض، إذ لسنا في حاجة إلى الكشف عن النوايا المستترة التي اقترنت بهذا التشريع. وبحسبنا أن نتثبت من انه لم ينطبق إلا على حالة فردية بالذات، وأن هذا كان واضحاً كل الوضوح للبرلمان عند إصداره له، لنوقن أن هذا العمل هو تشريع في صورته، قرار إداري في حقيقته، وهو بهذه المثابة يتعارض مع طبيعة التشريع[1].

ويقرب من هذا أن يصدر تشريع عام مجرد في مناسبة قضية معينة منظورة أمام المحاكم، ويكون التشريع لا ينطبق إلا على هذه القضية بالذات. فإذا كان هذا واضحاً وقت إصدار البرلمان للتشريع، كان التشريع في حقيقته قراراً إدارياً فردياً أصدره البرلمان في صورة تشريع عام، وهذا ما يجعله مشوباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية.

الفرض الثاني- مجاوزة التشريع للغرض المخصص الذى رسم له:

قدمنا في نظرية التعسف في إستعمال السلطة الإدارية أن القانون لا يكتفي في كثير من أعمال الإدارة بهدف المصلحة العامة، بل يحدد هدفاً يجعله هو الهدف المخصص لعمل إداري معين، وفقاً لقاعدة تخصيص

---

(١) ولسنا أول من يقول بهذا الرأي فقد وجدنا الأستاذ ديجيه يصل إلى النتيجة ذاتها إذ يقول بانعدام صفة العموم في تشريع موقت يصدره البرلمان ويقصد من توقيته ان يقتصر تطبيقه على حالة فردية او على شخص بالذات. وإليك ما يقوله في هذا الصدد: «أعتقد ان القرار العام يبقى قراراً عاماً. ومن ثم يكون تشريعاً من الناحية المادية. حتى لو وقت بمدة من الزمن تعين مقدماً. بشرط الا يكون الغرض الحقيقي من هذا التوقيت، بطبيعة الحال، هو ان يقتصر تطبيق التشريع على حالة فردية او على شخص بالذات. إذ لا شك في أن النص في هذه الحالة لا تكون له صفة العموم».

« Je crois qu'une décision par voie générale reste une décision par voie généra ét; par conséquent, une loi matérielle, bien que portée pour une période du temps déterminée d'avance à la condition, bien entedu, que cette limitation de temps n'ait pas pour but véritable de restreindre l'application de la loi à une espéce unique ou à une parsonne déterminée, auquel cas la disposition n'aurait certainement pas de caractére de généralité.

(Duguit, Droit contitutionnel 2 éme éd. II p.p. 154 -155).

الأهداف . وهذه القاعدة ليست كثيرة التطبيق فى ميدان التشريع ، فقل أن يقيد الدستور المشرع - أو يقيد المشرع نفسه - فى أن يشرع فى دائرة معينة لا يتخطاها ، ولهدف مخصص لا يجاوزه . والأصل إطلاق سلطة المشرع فى التشريع ، فيقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وغيرها من الروابط ، ولا يتقيد فى هذا التنظيم بهدف غير المصلحة العامة .

ويصح مع ذلك ، فى حالات قليلة ، أن يتحدد هدف مخصص لتشريع معين . ونورد مثلين للهدف المخصص فى التشريع : صون الأمن والنظام العام فى تشريعات الأحكام العرفية ، ووقاية النظام الاجتماعى فى تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة .

ففى الأحكام العرفية تقدم القول أن المادة ١٩٥ من الدستور توجب أن يكون إجراؤها على الوجه المبين فى القانون . فلا بد من قانون ينظم الأحكام العرفية إذا هى أعلنت . ومن أهم أغراض هذا القانون أن يبين على وجه الحصر الحالات التى يمكن فيها إعلان هذه الأحكام . وقد حصرت هذه الحالات فعلاً فى ثلاث ، إثنتان منهما وردتا فى قانون الأحكام العرفية الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ ، والثالثة وهى حالة مؤقتة وردت فى قانون مكمل صدر فى ١٣ من مايو سنة ١٩٤٨ فى مناسبة الحرب الفلسطينية . وقد سبق ، عند الكلام فى الأحكام العرفية فى أول هذا البحث ، أن ذكرنا هذه الحالات الثلاث . ويستخلص من استقرائها أنها تهدف فى إقامة الحكم العرفى إلى تمكين السلطة القائمة على إجراء هذا الحكم من المحافظة على الأمن والنظام العام ومن تأمين سلامة الجيوش وضمان تموينها وحماية طرق مواصلاتها . وسبق أيضاً أن أشرنا إلى المادة ٣ من قانون الأحكام العرفية ، وهى تعدد الاختصاصات الاستثنائية التى تخول للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية ، ذكرت فى النهاية أنه «يجوز لمجلس الوزراء أن يضيف دائرة الحقوق المتقدمة المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو أن يرخص لها باتخاذ أى تدبير آخر مما يقتضيه صون الأمن والنظام العام فى كل الجهة التى أجريت فيها الأحكام العرفية أو فى بعضها» . فصون الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين ، هذه هى الغايات المخصصة لقوانين الأحكام العرفية وهى فى الوقت ذاته الحدود التى تقف عندها هذه القوانين

ولا يصح أن تجاوزها كما سبق القول وما لم يضف المشرع حالة جديدة يجيز فيها إعلان الأحكام العرفية غير هذه الحالات الثلاث، يجب عليه أن يلتزم في كل تشريع يصدرهُ لتنظيم الأحكام العرفية . وفي أي تعديل أو إضافة القانون الأحكام العرفية الحالي، هذه الغايات المخصصة، ولا يجاوزها إلى غيرها من الغايات ولو كانت تهدف إلى المصلحة العامة . والمشرع إنما يستعمل سلطة تقديرية في تحديد دائرة الأمن والنظام العام وحاجات الحرب والتموين، فإن انحرف في إستعمال هذه السلطة التقديرية ،وأضاف إلى الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية اختصاصات أخرى لا تدخل في هذه الغايات المخصصة تحت ستار انها تدخل فيها، كأن أجاز للسلطة العرفية القبض على المتهمين في جرائم يقول إنها تتصل بالأمن والنظام العام أو بحاجات الحرب والتموين وهي لا تتصل. أو أجاز لها تقييد الحريات بدعوى أن التقييد قصد به تحقيق هذه الغايات وكان التقييد بعيد المدى إلى حد تجاوز الحاجة، كان تشريعه متخطياً للغاية المخصصة التي رسمت له، ومن ثم مشوباً بالانحراف في إستعمال السلطة التشريعية. ومعيار الانحراف هنا موضوعي، فيكفي التثبت من أن الاختصاصات الجديدة التي اعطيت للسلطة العرفية، تحت ستار أنها تصون الأمن والنظام العام وتسد حاجات الحرب والتموين، إنما تجاوز في حقيقتها، ومن ناحية موضوعية مخصة، هذه الغايات المخصصة.

وكذلك الأمر في تشريعات الصحافة والاجتماعات العامة. فقد حظرت المادة ١٥ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة حق إنذار الصحف أو وقفها أو إلغائها بالطريق الإداري إلا إذا كان ذلك ضرورياً لوقاية النظام الاجتماعي. وحظرت المادة ٢٠ من الدستور على المشرع أن يجعل للإدارة الحق في منع الاجتماعات العامة دون قيد إلا إذا اتخذ هذا التدبير لوقاية النظام الاجتماعي. فوقاية النظام الاجتماعي هي الغاية المخصصة لأي تشريع يوضع لمصادرة الصحف بالطريق الإداري أو لمنع الاجتماعات العامة دون قيد(١). ويتمتع المشرع بسلطة تقديرية في تحديد دائرة

---

(١) ووقاية النظام الاجتماعي ايضاً هي الغاية المخصصة التي عينها الدستور للاتفاقات الدولية الخاصة بتسليم اللاجئين السياسيين. فقد نصت المادة ١٥١ من

وقاية النظام الاجتماعي، ولكن لا يجوز له أن يجاوز هذه الدائرة، وأن يخرج عن هذه الغاية المخصصة إلى غاية أخرى ولو كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، مدعياً مع ذلك أنه لا يزال ملتزماً دائرة وقاية النظام الاجتماعي. فإذا صدر تشريع يجيز مصادرة الصحف إدارياً أو منع الاجتماعات العامة لأسباب لا تدخل في وقاية النظام الاجتماعي، وإن كانت تدخل في حفظ الأمن والنظام العام، كان هذا التشريع مجاوزاً لغايته المخصصة. ومعيار الانحراف هنا موضوعي أيضاً. فيكفي التثبت من أن الأسباب التي أجاز فيها المشرع المصادرة الإدارية للصحف أو منع الاجتماعات العامة، وإن كانت نسبت إلى وقاية النظام الاجتماعي، تجاوز من ناحية موضوعية محضة هذه الدائرة المحددة، حتى يكون التشريع باطلاً لما شابه من الانحراف(١).

= الدستور على أن «تسليم اللاجئين السياسيين محظور، وهذا مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية التي يقصد بها المحافظة على النظام الاجتماعي».

(١) ومن الغايات المخصصة التي رسمها الدستور لبعض التشريعات ما نصت عليه المادة ١٢٧ من أن «عدم جواز عزل القضاة أو نقلهم تتعين حدوده وكيفيته بالقانون». والغاية المخصصة التي رسمها الدستور لهذا القانون الذي يعين حدود عدم جواز عزل القضاة ونقلهم هي كفالة استقلال القضاء على النحو المبين في المادة ١٢٤ من الدستور، فيجب أن يحقق القانون هذه الغاية المخصصة ولا يجوز أن ينحرف عنها. ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٢٩ من الدستور من أن «جلسات المحاكم علنية إلا إذا أمرت المحكمة بجعلها سرية مراعاة للنظام العام أو للمحافظة على الآداب». فكل تشريع يجيز جعل جلسات المحاكم سرية لا يصح أن يجيز ذلك إلا لتحقيق غاية مخصصة، هي مراعاة النظام العام أو المحافظة على الآداب، ولا يجوز أن ينحرف عن هذه الغاية. ومن ذلك أخيراً ما رسمته المادة ١٣٢ من الدستور من غايات مخصصة للتشريعات التي تصدر بترتيب مجالس المديريات والمجالس البلدية وبيان اختصاصاتها وعلاقتها بجهات الحكومة. ويستخلص من نص هذه المادة أن الغايات المخصصة التي رسمها الدستور لهذه القوانين هي أن تكفل القوانين لهذه المجالس أن تمثل الأهالي تمثيلاً كافياً، وأن تقوم بكل ما يهم المديرية أو المدينة من أعمال، وأن تنبسط العلانية على أعمالها، وأن تقام عليها وصاية معتدلة من جانب السلطة المركزية. والمشرع يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد هذه الغايات المخصصة وفي تحقيقها، ولكن لا يجوز أن ينحرف عنها فيما يضعه من التشريعات في هذا الشأن.

الفرض الثالث- كفالة الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية

رأينا فيما تقدم أن هناك حريات وحقوقاً عامة مطلقة لا تقبل التقييد أو التنظيم . فالحق في المساواة . وحظر إبعاد المصرى عن بلاده ، وحظر المصادرة العامة للأموال ، وحرية الاعتقاد المطلقة ، كل هذه حقوق عامة وحريات لا يجوز أن يرد عليها التقييد . فلو صدر تشريع يقيدها ، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور .

أما الحريات والحقوق العامة التى نص الدستور على تنظيمها بقانون ، فقد سبقت الإشارة إلى أن المشرع قد خول فى شأنها سلطة تقديرية ليقوم بهذا التنظيم ، على ألا ينحرف عن الغرض الذى قصد إليه الدستور ، وهو كفالة هذه الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية . فإذا نقضها المشرع أو انتقص منها ، وهو فى صدد تنظيمها . كان تشريعه مشوباً بالانحراف . والسبب فى أن التشريع يكون فى هذه الحالة منطوياً على انحراف لا مخالفاً لنصوص الدستور هو أن المشرع هنا قد خول سلطة تقديرية - لا سلطة محددة- فى تنظيم الحق العام ، وقد أساء استعمال هذه السلطة ، إذ بدلا من أن ينظم الحق ، نقضه أو انتقص منه تحت ستار التنظيم. ويمكن القول ، فى عبارة أخرى ، أن كل حق عام وكل الدستور إلى المشرع تنظيمه بقانون ، قد رسم الدستور للقانون الذى ينظمه غاية مخصصة . لايجوز الانحراف عنها ، هى تنظيم هذا الحق على وجه لا ينقض معه الحق ولا ينتقص .

والمعيار هنا موضوعي. فلسنا فى حاجة ، كى نتثبت من أن هناك انحرافاً فى استعمال السلطة ، إلى الكشف عن الأغراض والنوايا المستترة التى اقترنت بالتشريع وقت صدوره . بل يكفينا أن نتبين ، على وجه موضوعي محض ، أن الحق العام الذى ينظمه التشريع قد أصبح بعد هذا التنظيم منتقصاً من أطرافه بحيث لا يحقق الغاية التى قصد إليها الدستور .

ونورد بعض الأمثلة عن حريات وحقوق عامة وكل الدستور تنظيمها إلى المشرع . وجعل له فى ذلك سلطة تقديرية لا يجوز أن ينحرف فى إستعمالها عن المصلحة العامة وعن الغاية المخصصة التى أعطيت هذه السلطة من أجلها

- تنص المادة ٣ من الدستور على أن الوظائف العامة، مدنية كانت أو عسكرية، يعهد بها إلى المصريين وحدهم، «ولا يولى الأجانب هذه الوظائف إلا في أحوال استثنائية يعينها القانون». فالتشريع الذى يصدر لتنظيم تولى الأجانب الوظائف العامة يتمتع فيه المشرع بسلطة تقديرية، على ألا ينحرف عن الغاية التى قصد إليها الدستور، وهى أن تكون تولية الأجنبى لوظيفة عامة أمراً استثنائياً، لكى يبقى زمام البلاد فى أيدى الوطنيين. فلا يجوز أن يطلق التشريع المجال للأجانب يتولون الوظائف العامة كالمصريين سواء بسواء، بل يجب أن يكون ذلك مقصوراً على حالات خاصة، وفى أعمال تقتضى كفاية لا يتيسر وجودها فى المصريين. فإذا صدر تشريع يفتح باب الوظائف العامة للأجانب دون قيد، أو بقيود ليس من شأنها أن تجعل تولى الأجانب للوظائف أمراً استثنائياً، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ولخروجه على الغاية المخصصة التى رسمها الدستور، وهى أن يكون توظيف الأجانب بقدر الحاجة إليهم وعلى سبيل الاستثناء.

- وتنص المادة ١٣ من الدستور على أن «تحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافى الآداب». فلو صدر تشريع يضع قيوداً على حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد بحيث ينتقص من هذه الحرية انتقاصاً خطيراً، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية.

وتنص المادة ١٤ من الدستور على أن «حرية الرأى مكفولة، ولكل إنسان الإعراب عن فكره بالقول أو بالكتابة أو بالتصوير أو بغير ذلك فى حدود القانون». وتنص المادة ١٥ على أن «الصحافة حرة فى حدود القانون، والرقابة على الصحف محظورة». فلو صدر تشريع يقيد من حرية الرأى أو من حرية الصحافة تقييداً خطيراً بحيث ينقض هذه الحرية أو ينتقص منها، كان التشريع منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية، إذ أن الغاية المخصصة من تشريعات الرأى والصحافة ليست نقض هذه الحرية العامة أو الانتقاص منها، بل مجرد تنظيمها حتى لا تعود بالضرر على المجتمع. هذا ويلاحظ أنه إذا صدر تشريع لتقييد

حرية الصحافة فيما تكون فيه هذه الحرية مطلقة لا تقبل التقييد ، كما إذا صدر تشريع يبسط الرقابة على الصحف في غير نظام الأحكام العرفية ، كان هذا التشريع باطلاً ، لا لانطوائه على إنحراف في إستعمال السلطة ، بل لمخالفته لنصوص الدستور كما سبق القول.

وتنص المادة ٢٠ من الدستور على أن «للمصريين حق الاجتماع في هدوء وسكينة غير حاملين سلاحاً ، وليس لأحد من رجال البوليس أن يحضر اجتماعهم ، ولا حاجة بهم إلى اشعاره . لكن هذا الحكم لا يجرى على الاجتماعات العامة فإنها خاضعة لأحكام القانون ، كما أنه لا يقيد أو يمنع أى تدبير يتخذ لوقاية النظام الاجتماعى» . وتنص المادة ٢١ من الدستور على أن «للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون» . فلو صدر تشريع ينقض حرية الاجتماعات العامة أو ينقص منها انتقاصاً خطيراً ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية[1] . كذلك يكون باطلاً للانحراف أى تشريع

---

(١) وقد كان قانون الاجتماعات بالفعل محلا للنظر في دستوريته امام محكمة القضاء الإدارى في دائرة وقف التنفيذ ، ولم تبت المحكمة في هذه المسألة ، بل تركتها لمحكمة الموضوع ، وقالت في هذا الصدد : «ومن حيث إنه مما يؤيد هذا النظر ان قانون الاجتماعات كان من التشريعات التى اقرها البرلمان المصرى باعتبار ان هذا القانون يقيد الحريات ، وقد احتمله مجلس النواب على مضض بعد أن صرحت الحكومة امام المجلس إن فى نيتها الا تطبق هذا القانون إلا عند الضرورة القصوى عندما ترى الأمن مهدداً وانها لابد ان تتدخل او يتدخل غيرها على كره منها . بل إن مجلس النواب وافق على إلغائه فى اول يولية سنة ١٩٢٤ اكتفاء بأحكام القانون العام إذ رآها كفيلة بالمحافظة على النظام ... ولما لم يوافق مجلس الشيوخ على إلغاء هذا القانون ، تداوله المجلسان بتعديلات اساسية تقيد تقيداً جوهرياً من سلطة الإدارة فى منع الاجتماعات وفى فضها ، ولم يقدر لهذه التعديلات أن تصبح تشريعاً نهائياً ، فبقى قانون الاجتماعات على اصله قانوناً استثنائياً مقيداً للحريات . وفى الوقت الذى تدع فيه محكمة وقف التنفيذ النظر فى امر دستوريته إلى محكمة الموضوع يتعين عليها ان تفسره تفسيراً ضيقاً ، فلا يجوز تطبيقه إلا عند الضرورة القصوى ، ولا يصح أن تتذرع به الإدارة لمنع الاجتماعات إلا إذا اجتمع عندها اسباب بالغة الخطورة تبرر هذا المنع» (محكمة القضاء الإدارى ـ دائرة وقف التنفيذ قضية رقم ١٥٩٣ سنة ٥ قضائية المحكوم فيها بتاريخ ١٩٥١/١١/٧).

ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات فينقض تحت ستار التنظيم هذا الحق أو ينتقص منه انتقاصاً خطيراً. أما إذا صدر تشريع ينص على سلب المصريين حق تكوين الجمعيات في ناحية أو في أخرى، كان هذا التشريع باطلاً لمخالفته لنصوص الدستور، لأن المادة ١٥ لم تجز أن يرد التشريع على ذات الحق، وإنما أجازت أن يرد على كيفية استعماله. كذلك التشريع الذي يقيد، في غير وقاية النظام الاجتماعي، الاجتماعات الخاصة، أو يفرض حضور رجال البوليس في هذه الاجتماعات، أو يوجب إشعار البوليس بها، يكون تشريعاً باطلاً لمخالفته لنص المادة ٢٠ من الدستور.

وقد رأينا أن المادة ١٥٥ من الدستور تنص على انه «لا يجوز لأية حال تعطيل حكم من الأحكام هذا الدستور إلا أن يكون ذلك وقتياً في زمن الحرب او اثناء قيام الأحكام العرفية، وعلى الوجه المبين في القانون. وعلى أي حال لا يجوز تعطيل انعقاد البرلمان متى توفرت في انعقاده الشروط المقررة بهذا الدستور». ويؤخذ من هذا النص أن الدستور فوض إلى المشرع وضع القانون الذي ينظم الأحكام العرفية، وخول له سلطة تقديرية واسعة في وضع هذا النظام، فله أن ينتقص من الحريات العامة وقت قيام الأحكام العرفية، وله أن يعطل احكام الدستور فيما عدا حكماً واحداً هو انعقاد البرلمان متى توافرت شروط الانعقاد. ولما كان قانون الأحكام العرفية يحل عند إعلان هذه الأحكام محل الدستور، بل ويعطل أحكامه، فقد خول المشرع في وضع احكام هذا القانون سلطة بعيدة المدى تكاد تماثل سلطة الدستور. وتضمن القانون فعلا من الأحكام ما يعطل الحقوق والحريات العامة. فهو يجيز بسط الرقابة على الصحف والنشرات الدورية وضبط المطبوعات والنشرات والرسومات التي من شأنها تهييج الخواطر وإثارة الفتنة او التي تؤدى إلى الإخلال بالأمن العام. ويخول مراقبة الرسائل البريدية والتلغرافية والتلفونية. ويبيح منع الاجتماعات العامة وحلها بالقوة وتقييد الحرية الشخصية في التنقل والتوطن ونحو ذلك. ولكن هذه السلطة التقديرية لا يجوز الانحراف في استعمالها، كما سبق القول، لتحقيق غايات غير الغايات المخصصة التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء الأحكام العرفية، وقد تقدم ذكر ذلك. فإذا إنحرف المشرع في استعمال سلطته التقديرية، وهو ينظم الأحكام العرفية، عن

هذه الغايات، كان تشريعه مشوباً بالانحراف. على أن هذا التشريع يكون مخالفاً لنص الدستور، لا مشوباً بالانحراف، إذا هو عطل انعقاد البرلمان إلى ما بعد السبت الثالث من شهر نوفمبر خلافاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦ من الدستور، أو فض الدورة قبل ستة شهور خلافاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩، أو مجاوزة الستين يوماً السابقة على إنتهاء مدة النيابة في إجراء الانتخابات العامة لتجديد مجلس النواب أو تجديد مجلس الشيوخ خلافاً لنص المادتين ١١٤ و ١١٥، أو تأجيل انعقاد البرلمان لمدة تزيد على شهر خلافاً لنص المادة ٣٩، أو إجراء الانتخابات العامة بعد حل مجلس النواب في مدة تزيد على شهرين خلافاً لنص المادة ٨٩. وقد يقال إن تمكين السلطة العرفية من تأخير الانتخابات العامة عن ميعادها الدستوري، سواء كانت هذه الانتخابات نتيجة لإنتهاء مدة النيابة أو نتيجة لحل مجلس النواب، يعتبر تعطيلاً غير مباشر لانعقاد البرلمان عن طريق تعطيل الشروط الواجب توافرها لهذا الانعقاد، فيكون هذا انحرافاً في استعمال السلطة التشريعية لا مخالفة لنص الدستور. والنتيجة العملية واحدة في الرأيين، فالتشريع يكون باطلاً على كل حال، إما لمخالفة نص الدستور أو للانحراف.

الفرض الرابع- احترام الحقوق المكتسبة وعدم المساس بها في غير ضرورة أو من غير تعويض:

يحرص الدستور على احترام الحقوق المكتسبة، فهو لا يسمح أن تمس في غير ضرورة. ومن ثم نصت المادة ٢٧ من الدستور على أنه «لا تجرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله، ما لم ينص على خلاف ذلك بنص خاص». فجعل الأصل في القوانين أنها لا تسرى على الماضي حتى لا تمس الحقوق المكتسبة. واحترام الحقوق المكتسبة قاعدة تمتد في جذورها إلى أعماق القانون الطبيعي والمبادىء الأساسية للعدالة، حتى أن المادة ٢٧ السابق ذكرها لو لم تكن قد وردت في الدستور لوجب مع ذلك أعمال حكمها دون نص، بل لما صح الاستثناء الذي أوردته من جواز أن يتضمن القانون نصاً على الأثر الرجعي. وغير القانون من القواعد التنظمية، كمرسوم أو قرار إداري تنظمي آخر، لا يجوز أن يتضمن نصاً على الأثر الرجعي، وإلا كان

ويلاحظ أن ستر التشريع لعقوبة مقنعة مسألة المعيار فيها موضوعي . فليس علينا للكشف عن هذه العقوبة المقنعة أن نتحسس نوايا المشرع وأغراضه ، بل يكفي أن نتأمل في أحكام التشريع من الناحية الموضوعية ، فإن كانت تنطوي على عقوبة حقيقية ، فالتشريع باطل لما شابه من الانحراف .

(٢) تشريع لاحق يعدل من تشريع سابق بحجة تفسيره : من القواعد المقررة أن التشريعات المفسرة لها أثر رجعي ، لأنها لا تنشيء قاعدة جديدة بل تفسر قاعدة موجودة . ولكن يجب ، مع ذلك ، الاحتياط في تكييف التشريعات المفسرة فقد يسن تشريع على أنه تشريع مفسر ، وحقيقة أمره أنه تشريع يعدل من تشريع سابق ، فهو تشريع مفسر في صورته ، معدل في حقيقته . والذي تنبغي ملاحظته في هذه المسألة أن التشريع المفسر يكون له أثر رجعي كما قررنا ، أما التشريع المعدل فلا يجوز أن يكون له أثر رجعي إلا بنص خاص . فيخشى أن يكون المشرع ، لسبب أو لآخر ، لا يرى المصارحة في أنه يضع تشريعاً له أثر رجعي ، فيخفي هذا الأثر تحت ستار أن التشريع مفسر ، كأن يزيد في مقدار ضريبة في تفسير يضعه للتشريع الذي ينشيء هذه الضريبة ويكون التفسير في حقيقته تعديلا للتشريع . وفي هذه الحالة يكون المشرع ، وهو يستعمل سلطته التقديرية في تفسير تشريع سابق ، قد إنحرف في إستعمال هذه السلطة ، وخرج من التفسير إلى التعديل دون أن ينص على أن هذا التعديل له أثر رجعي . ومن ثم يكون التشريع ، من حيث هذا الأثر ، باطلاً لما شابه من الانحراف . وغني عن البيان أن انتقال المشرع من التفسير إلى التعديل يعرف بالمقارنة بين التشريعين السابق واللاحق مقارنة موضوعية ، فالمعيار هنا أيضاً معيار موضوعي .

(٣) إطالة مدة التقادم في قوانين الضرائب : يجوز للمشرع بوجه عام أن يطيل مدة التقادم . ولكن يجب الحذر من هذه الإطالة فيما يتعلق بقوانين الضرائب ، فإن فيها زيادة في أعباء الضريبة . ونستعرض في هذا الصدد فرضين : (الفرض الأول) تشريع يطيل مدة التقادم في إحدى الضرائب قبل أن تنقضي المدة الأصلية . وفي هذا الفرض لا يكون هناك انحراف في

إستعمال السلطة التشريعية . فإن المشرع لابد أن يكون قد قدر ، تحت ضغط الضرورة الملحة ، أن هناك أسباباً خطيرة توجب إطالة مدة التقادم قبل انقضائها ، حتى يتسع الوقت أمام عمال الضرائب لجبايتة مالم يجبوه منها . وهذه الزيادة في أعباء الضريبة لاتستحب . ولكن الظروف الاضطرارية قد تبرر التجاء المشرع إليها . (الفرض الثانى) تشريع يطيل مدة التقادم فى إحدى الضرائب بعد أن تكون المدة الأصلية قد انقضت . وفى هذا الفرض يكون التشريع قد مس حقاً مكتسباً ، إذ أن المدة الأصلية للتقادم قد انقضت وسقطت الضريبة ، ثم جاء التشريع الجديد يطيل مدة التقادم ، فيعيد الضريبة بأثر رجعى بعد سقوطها . والرجعية في قوانين الضرائب سواء كانت بطريق مباشر أو عن طريق إطالة مدة التقادم ، ترهق الممولين ، ويغلب أن تنطوى على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . ولا يجوز على كل حال أن يفاجأ الممولون ، بعد أن سقطت الضريبة عنهم ولم يعودوا يحسبون لها حساب ، برجوع الضريبة من جديد . وتقرير ما إذا كان المشرع ، وهو يطيل مدة التقادم ، قد إنحرف فى إستعمال سلطته التشريعية أمر موضوعى محض ، إذ يكفى للاستيثاق من هذا الانحراف الرجوع إلى مدة التقادم الأصلية والتثبت من أنها كانت قد انقضت قبل صدور التشريع الذى أطالها ، وأن المشرع لم تكرهه قوة قاهرة على تجشيم الممولين هذا العنت . وقد رأينا فيما تقدم أن القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، وقبله القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٤ ، قد أطالا مدة التقادم بالنسبة إلى طائفة من الضرائب هى الضرائب المفروضة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل والتى استحقت فى المدة من أول ستمبر سنة ١٩٣٨ إلى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٤ . ويبدو أن بعض هذه الضرائب كان قد سقط بالتقادم قبل صدور القانون الأول . فإحياؤه من جديد عن طريق تشريع يطيل مدة التقادم قد يكون منطوياً على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

وقبل أن نترك قوانين الضرائب إلى نص ورد فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضرائب الدخل . وهو نص لا يخلو من غرابة . وقد أقحمه المشرع فى المكان الذى وضعه فيه دون مبرر . ويغلب أن يكون منطوياً على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . فقد نصت المادة ٢٨ من القانون المشار إليه بأن الأرباح والفوائد على الأسهم والسندات

والودائع النقدية وودائع الأوراق المالية وغيرها من الديون التى تكون مستحقة للأفراد فى ذمة الشركات والمصارف ونحوها تؤول إلى الحكومة إذا لحقها التقادم. وقد قيل فى تعليل هذا النص، الذى يخرج على أصول القانون المدنى، أن التقادم مبنى على قرينه الوفاء، وهذه القرينة منتفية إذا كان المدين شركات او مصارف لها من انتظام حساباتها ما يقطع فيما إذا كان الدائن قد استوفى حقه منها أو لم يستوفه، فإن كان لم يستوفه فعلاً فلا محل لقيام قرينة على الوفاء. ولكن هذا التعليل لا يستلزم أن تحل الحكومة محل الدائن بإنقضاء مدة التقادم. وما دمنا قد أبقينا الحق ولم نسقطه بإنقضاء هذه المدة، ليقيننا من أن الدائن لم يستوفه. فإن الوضع السليم هو أن يبقى الحق لصاحبه. لا ان تستولى الحكومة عليه دون مقابل، فتكون قد نزعت ملكية لغير المنفعة العامة وبدون تعويض(١).

(٤) قوانين التضمينات: قدمنا أن قوانين التضمينات هى تشريعات عامة مجردة ونعود إلى بحث هذه القوانين من ناحية أخرى، هى إحتمال أن تنطوى على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية. وذلك أن قوانين التضمينات تعفى الحكومة من المسئولية عن حوادث وقعت فى الماضى، فهى إذن تسرى بأثر رجعى. ومن هناء جاز التساؤل عن قيمتها الدستورية.

وقد عرفت مصر قوانين التضمينات عن طريق القانون الانجليزى. وقد كان هذا القانون فى القديم لا ينظم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع

---

(١) وقد صدر المرسوم بقانون رقم ٩٠٤ لسنة ١٩٤٥ يقف سريان التقادم لصالح المقيمين فى البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة ولما كانت الشركات والمصارف قد جرت على أن تورد لخزانة الحكومة تباعاً المبالغ والقيم الباقية فى ذمتها بمجرد إنتهاء مدة التقادم نزولاً على حكم المادة ٢٩ من قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩، فقد تبين فيما بعد ان بعض اصحاب هذه المبلغ هم ممن كانوا يقيمون فى البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة. وان القيم المستحقة لهم لم تكون قد تقادمت وقت توريدها للخزانة بسبب وقف سريان التقادم. ولا شك فى أن للدائنين. فى هذه الحالة، الرجوع على الشركات والمصارف بحقوقهم، وللشركات والمصارف الرجوع على الحكومة بدعوى استرداد غير المستحق.

يحدد اختصاصات السلطة القائمة على إجراء هذه الأحكام . بل كان ، إذا قامت أزمة تستدعى إتخاذ إجراءات استثنائية مخالفة للقانون العام ، يبيح بمقتضى تشريع يصدره البرلمان وقف ما يسمى «قانون الإحضار» (Habeas Corpus) ، وهو القانون الذى يجيز لكل شخص إتخذ ضده إجراء مخالف للقانون ، كأن حبس مثلا لشبهة علقت به ، استصدار «أمر إحضار» وإنهاء حالة الحبس المخالفة للقانون إما بالأفراج عنه أو بمحاكمته قانونية . فإذا وقف «قانون الإحضار» لأجل معين ، أمكن السلطة التنفيذية أن تتخذ من الإجراءات الاستثنائية ما تقتضيه الظروف . وقبل انتهاء هذا الأجل يصدر عادة قانون للتضمينات (bill of indemnity) يعفى الموظفين العاملين من مسئوليتهم عن إتخاذ هذه الاجراءات الاستثنائية المخالفة للقانون ، بشرط أن تكون قد إتخذت بحسن نية (bona fide) وفى خدمة الوطن أى لمصلحة عامة . فالقانون الانجليزى ، حتى سنة ١٩٢٠(١) يتميز بما يأتى : (١) هو لا ينظم الأحكام العرفية بتشريع سابق عليها ، بل يصفيها بتشريع لاحق لها هو قانون التضمينات . أما التشريع الذى يصدر لوقف قانون الإحضار فهو بمثابة إعلان للأحكام العرفية . (٢) وهذا يرجع إلى طبيعة الدستور الانجليزى ، فهو دستور مرن يملك البرلمان تعديله بتشريع عادى ، وما قانون الوقف ولا قانون التضمينات إلا تشريعان دستوريان فى حقيقتهما ، يعدلان من القواعد الدستورية التى تقضى بمسئولية السلطة العامة عن الاجراءات المخالفة للقانون : فيقف الأول هذه المسئولية ، ويعفى منها الثانى إعفاء نهائياً . (٣) ولكن لا يصل الإعفاء من المسئولية إلى حد حماية سوء النية . فإذا خالف الموظف العام القانون فى الاجراءات الاستثنائية التى اتخذها وكان ذلك بسوء لدافع غير

---

(١) نقول حتى سنة ١٩٢٠ ، لأنه قد صدر فى إنجلترا فى تلك السنة قانون لتنظيم سلطات الطوارىء (Emergency powers act) ، يعطى للحكومة ، إذا هى اعلنت حالة الطوارىء فى ظروف معينة تهدد بالخطر ، سلطة إصدار لوائح تواجه بها هذه الحالات الاستثنائية ، على أن تعرض هذه اللوائح على البرلمان فى أقرب وقت ممكن لإقرارها . فلم تعد هناك حاجة لإصدار قوانين تضمينات بعد قيام هذا النظام القانونى الدائم الذى يشبه من بعض الوجوه النظام العرفى فى مصر .

المصلحة العامة، بقى مسئولا، ولا يعفيه قانون التضمينات من هذه المسئولية.

ويختلف النظام الدستورى المصرى عن النظام الدستورى الانجليزى اختلافاً بيناً. ومن ثم كان إقحام قوانين التضمينات على النظام المصرى محلا للنظر. ذلك أن الدستور فى مصر يوجب تنظيم الأحكام العرفية مقدماً بتشريع سابق عليها، وهذا ما تقتضى به المادة ١٥٥ من الدستور. فالحاجة إلى قانون تضمينات تعفى السلطة العرفية من المسئولية تبدو غير واضحة. هى واضحة فى القانون الانجليزى حتى سنة ١٩٢٠، حيث لا يوجد قانون للأحكام العرفية يعطى السلطة التنفيذية اختصاصات واسعة تمكنها من معالجة الظروف الاستثنائية التى توجهها، فتضطر إلى إتخاذ اجراءات مخالفة للقانون، فيجيء قانون التضمينات بعد ذلك يغطى مسئوليتها. فكأن قانون التضمينات فى القانون الانجليزى هو قانون لاحق يراد به تنظيم ما سبق من الأحكام العرفية. أما فى مصر فهناك قانون سابق لتنظيم هذه الأحكام، فما الحاجة إلى قانون لاحق لتنظيمها! وقد أعطى قانون الأحكام العرفية فى مصر للسلطة القائمة على إجرائها إختصاصات استثنائية، تضيق وتتسع، حتى تتمكن هذه السلطة من مواجهة الظروف. فلا يجوز بعد ذلك للسلطة العرفية مجاوزة هذه الاختصاصات الاستثنائية، وإلا كانت مسئولة، وكان قانون التضمينات الذى يعفيها من هذه المسئولية متعارضاً مع روح الدستور. فالدستور لم يرد أن تجاوز السلطة العرفية حدود القانون العام إلا بعد ترخيص تشريعى يتمثل فى قانون الأحكام العرفية، أى أنه أراد كما سلف القول تنظيم الأحكام العرفية مقدماً قبل إجرائها بتشريع سابق، لا تصفيتها مؤخراً بعد إنتهائها بتشريع لاحق. فالجمع بين قانون الأحكام العرفية الذى عدد اختصاصات الحاكم العسكرى على سبيل الحصر ومن ثم حرم عليه مجاوزة هذه الاختصاصات، وبين قانون التضمينات الذى يبدو أنه يعفى الحاكم العسكرى من المسئولية حتى لو جاوز هذه الإختصاصات المحددة، ينطوى على تعارض دستورى ظاهر. وإذا كان أول قانون للتضمينات صدر فى مصر هو القانون الصادر فى سنة ١٩٢٣ عقب الأحكام العرفية التى تولتها السلطة المحتلة في مناسبة الحرب الكبرى التى

أعلنت فى سنة ١٩١٤ . فإن هذا القانون قد جاء قبل نفاذ الدستور وقبل صدور قانون الأحكام العرفية ، فاحتاج القائد العام للقوات البريطانية فى مصر إذ ذاك إلى قانون تضمينات يحميه من المسئولية ، إذ لم يكن فى ممارسته للأحكام العرفية يستند إلى قانون ينظم هذه الأحكام ، فكانت إجراءاته مخالفة للقانون العام ، ومن ثم قامت الحاجة إلى إعفائه من المسئولية بتشريع خاص على النحو المألوف فى قوانين التضمينات الانجليزية[١] . ومن نفاذ قانون الأحكام العرفية الذى ينظم هذه الأحكام مقدماً ويغنى عن تصفيتها مؤخراً ، صدرت قوانين للضمينات فى مناسبات مختلفة : صدر المرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥[٢] وقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٤٧[٣] عقب الأحكام العرفية التى أعلنت فى مناسبة الحرب

---

(١) وقد نصت المادة الثانية من هذا التشريع الصادر فى ١٩٢٣ على ما يأتى : « لا تقبل لا فى الحال ولا فى الاستقبال أمام أية محكمة من محاكم البلاد أية دعوى أو طلب أو قضية جنائية أو غيرها من الإجراءات . ولو على شكل دعوى تقام من المدعى عليه على المدعى أو دفع فرعى أو دفاع ، سواء كانت الدعوى منظورة الآن أو ترفع فيما بعد ، وأيا كان رافعها . إذا كان الغرض منها الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة العسكرية بمقتضى الأحكام العرفية . ويدخل فيما تقدم الإعلانات والأوامر المتعلقة بأملاك الخديوى السابق عباس حلمى باشا المنقولة والثابتة وما قام به الحارس الرسمى لأموال الأعداء من التصرف فى الأملاك المذكورة بالبيع أو بغيره من التصرفات ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة من طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى . وإذا عرضت دعوى من هذا القبيل وجب رفضها حتما فى أية حالة تكون عليها الدعوى » .

(٢) وتنص المادة الأولى منه على ما يأتى : « لا تسمع أمام المحاكم الجنائية أو المدنية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر أو تدبير أو قرار . أو بوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها . عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى الأحكام العرفية ، وذلك سواء كان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو إبراء من تكليف أو التزام أو برد مال أو باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه أو بأية طريقة أخرى » .

(٣) وقد رأينا فيما تقدم أن هذا القانون ينص على ما يأتى : « لا تسمع أمام أية

العالمية الثانية . وصدر قانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠[1] عقب الأحكام العرفية التى أعلنت فى مناسبة حرب فلسطين! وفى كل هذه القوانين نص على عدم جواز سماع أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها «عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية» . فيجب إذن فى هذه التشريعات ملاحظة أن الجمع بين قانون الأحكام العرفية وقانون التضمينات قد ينطوى على تعارض دستورى ، يجب تجنبه بتفسير قانون التضمينات تفسيراً يزيل هذا التعارض.

فقانون التضمينات لا شك فى أن له أثراً رجعياً كما قدمنا ، إذ هو يعفى من المسئولية عن أعمال وقعت قبل صدوره . وقد ترتب على هذه الأعمال حقوق مكتسبة نشأت قبل صدور قانون التضمينات ، فأتى هذا القانون لإهدارها عن طريق عدم جواز سماع الدعوى فيها . والأثر الرجعى للتشريع أمر يغيض فى ذاته ، الدستور ولكن يجيزه إستثناء للضرورة على الوجه المبين فى المادة ٢٧ . فيجب أن يقدر بقدر هذه الضرورة ولا يجاوزها ، وإلا كان فيه انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . وقياس مشروعية الأثر الرجعى فى قوانين التضمينات بمقياس الضرورة هو أيضاً التزام لمعيار موضوعى ، كسائر المعايير الموضوعية التى التزمنها فى الصور للانحراف .

= جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى أمر أو تصرف أو تدبير أو إعلان أو قرار . وبوجه عام أى عمل صدر ابتداء من تاريخ العمل بالمرسوم بقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٥ من وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم أو مدير مكتب البلاد المحتلة والخاضعة للرقابة فى ظل النظام بالمرسوم بقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٤٥ المرسوم بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٤٥ حتى نهاية العمل بهذا النظام . ولا تجوز متابعة السير فى الدعاوى المرفوعة قبل سريان هذا القانون .

(١) وقد رأينا أيضا فيما تقدم أن هذا القانون ينص على ما يأتى : «لا تسمع أمام أية جهة قضائية أية دعوى أو طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن فى أى إعلان أو تصرف أو أمر تدبير أو اقرار . وبوجه عام أى عمل أمرت به أو تولته السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها أو وزير المالية أو أحد الحراس العاملين أو مندوبيهم . عملا بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية» .

وعلى هدى المبدأ الذى قدمناه، إذا استعرضنا الأعمال غير المشروعة التى يأتيها القائم على إجراء الأحكام العرفية، أمكن أن نقسمها إلى طوائف ثلاث: (١) أعمال يأتيها مجاوزاً حدود الاختصاصات الاستثنائية التى خولها له قانون الأحكام العرفية. (٢) أعمال يأتيها غير مجاوز فيها هذه الحدود، ولكنه يتعمد بها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية[1]. (٣) أعمال لا يجاوز فيها الحدود ولا يتعمد الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه ينحرف عنها فعلاً بحسن نية، بأن يكون قد بالغ فى إستعمال سلطته، وهو يقصد تحقيق مصلحة عامة فأضر بالغير، كما إذا قبض على شخص لشبهة لم تتحقق أو منزلاً تبين فيما بعد أنه لو اصطنع الحيطة لكان فى غنى عن تفتيشه. وفى الطائفة الأولى من الأعمال يستعمل القائم على إجراء الأحكام العرفية سلطة محددة، فيجاوزها. أما فى الطائفتين الثانية والثالثة فهو يستعمل سلطة تقديرية، ولكنه ينحرف فى إستعمالها إما بسوء نية أو عن حسن نية.

ولا يمكن القول بأن الأعمال التى جاوز فيها حدود اختصاصاته أو الأعمال التى تعمد فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية هى أعمال يجوز بتشريع الإعفاء من المسئولية عنها. وذلك لسببين: (السبب الأول) هو نص قانون التضمينات ذاته. فهو إنما يعفى من المسئولية عن الأعمال التى أمرت بها أو تولتها السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية أو مندوبوها «عملاً بالسلطة المخولة لهم بمقتضى نظام الأحكام العرفية»[2]. ولا يدخل فى هذه الأعمال ما جاوز فيه القائم على إجراء الأحكام العرفية السلطة المخولة له أو ما انحرف فيه عن المصلحة العامة عمداً عن سوء قصد (والسبب الثانى) هو الدستور. فهو يأبى أن

---

(١) ويلحق بسوء النية الخطأ الجسيم على إعتبار أن مثل هذا الخطأ إنما هو قرينة على سوء النية.

(٢) وكان مجلس النواب، فى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠، قد أضاف عقب هذه العبارة عبارة أخرى هى: «وفى حدود تلك الأحكام». فحذف مجلس الشيوخ العبارة الأخيرة. ولما أعيد المشروع إلى مجلس النواب، رأت الحكومة إقرار الحذف معلنة أنه لا يغير من المعنى المقصود. ونرى مع الحكومة أن الحذف لا يغير من المعنى المقصود. وإن كانت العبارة المحذوفة من شأنها أن تؤكد هذا المعنى.

تجرى الأحكام العرفية على غير ضابط. فحتم تقييدها مقدماً بتشريع سابق. فإذا خرجت السلطة العرفية على هذا التقييد الدستورى ولم تلتزمه فى إجراءاتها، فترتب مسئوليتها، ثم صدر قانون يعفيها من هذه المسئولية، أصبحت الأحكام العرفية متحررة من كل قيد على خلاف ما أمر به الدستور. والتشريع الذى يبيح الخروج على التقييد الدستورى عن طريق الإعفاء من المسئولية هو تشريع باطل لانطوائه على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية. فإذا أضفت إلى ذلك أن هذا التشريع يمس بأثر رجعى حقوقاً مكتسبة، وأن المساس بالحقوق المكتسبة أمر استثنائى لم يجزه الدستور إلا بقدر الضرورة، والضرورة هنا منتفية، بل إن القول بوجودها يتعارض مع الدستور الذى يأبى إطلاق الأحكام العرفية دون قيد. وأن القانون الانجليزى ذاته قد رأيناه لا يبيح الإعفاء من المسئولية عن الأعمال التى تصدر بسوء نية لدافع غير المصلحة العامة، ولم يعد هناك مجال للريب فى أن الأعمال غير المشروعة التى يأتيها الحاكم العسكرى مجاوزاً فيها حدود اختصاصاته، أومتعمداً فيها الانحراف عن المصلحة العامة بسوء نية، تترتب عليها مسئوليته، ولا يعفيه قانون التضمينات من هذه المسئولية.

لا يبقى إذن من الأعمال غير المشروعة التى يأتيها الحاكم العسكرى إلا الطائفة الثالثة، وهى الأعمال التى لا يتعمد فيها الانحراف عن المصلحة العامة ولكنه يضر بالغير عن خطأ غير مقصود. فهذه هى التى يمكن الإعفاء من المسئولية عنها بتشريع خاص، هو قانون التضمينات. ذلك أن الحاكم العسكرى لم يرد بهذه الأعمال أن يجاوز القيود التى وردت فى قانون الأحكام العرفية، بل هو لم يجاوزها فعلاً، ولكنه وهو يمارس اختصاصاته ملتزماً حدودها بالغ فى إستخدام سلطته التقديرية عن حسن نية فأضر بالغير. فأراد المشرع أن يحميه من المسئولية لأنه لم يقصد بعمله إلا المصلحة العامة، وإذا كان قد أخطأ فهذا الخطأ مغتفر. فإذا أعفاه تشريع من المسئولية فى هذه الحالة، لم يكن هذا التشريع مخالفاً لروح الدستور، فلا تزال اختصاصات الحاكم العسكرى مقيدة بالقانون، ولا يزال هو ملتزماً حدود هذا التقييد. وإذا كان التشريع هنا مس حقوقاً مكتسبة، فيبرر هذا ضرورة قائمة هى عدم إمكان تجنب الخطأ فى هذه

الظروف الدقيقة. أما تعمد الانحراف، وأما مجاوزة حدود السلطة، فلا يمكن أن تقوم ضرورة لتبريرهما.

على أنه مع كل هذا تجب ملاحظة أمرين هامين:

(أولا) القرارات التى يصدرها الحاكم العسكرى ويخطىء فيها عن حسن نية، إذا كان يعفى من المسئولية عنها للإعتبارات المتقدم ذكرها، تبقى مع ذلك أعمالا غير مشروعة، ومن ثم تبقى قرارات باطلة. فالإعفاء من المسئولية عنها ليس من شأنه أن يقلبها إلى قرارات صحيحة. وكل ما يترتب على هذا الإعفاء هو حرمان من تصيبه بضرر من حق التعويض.

(ثانياً) وحتى فى الحرمان من حق التعويض، لا نرى أن يكون هذا عن طريق منع سماع الدعوى كما جرت العادة. فإن منع الناس من الالتجاء إلى القضاء فيما يدعون به من حقوق، حتى لو كانت ادعاءاتهم على غير أساس، فيه مصادرة لحق التقاضى، وهو حق من الحقوق العامة التى لا يجوز الإخلال بها. وإنما السبيل إلى منع طلب التعويض يكون عن طريق وضع قاعدة موضوعية - لا قاعدة إجرائية - تقضى بألا مسئولية على الحاكم العسكرى إذا هو أخطأ فى تقديره عن حسن نية. وعند ذلك يسمع القاضى الدعوى. فإذا ثبت عنده أن الحاكم العسكرى كان حسن النية قضى برفضها، لا بعدم جواز سماعها ولا بعدم قبولها. وهو على كل حال، لو تقيد بنص قانون التضمينات وأراد الحكم بعدم جواز سماع الدعوى، لا يستطيع ذلك حتى يتثبت من أن الحاكم العسكرى لم يجاوز حدود اختصاصه وأن خطأه فى التقدير كان غير مقصود. وعند ذلك يستوى من الناحية العملية أن يقضى برفض الدعوى أو بعدم جواز سماعها، وإن كان القضاء بالرفض هو الصحيح فى نظرنا[1].

ويخلص مما قدمناه أن الحاكم العسكرى لا يعفيه قانون التضمينات من المسئولية إذا هو استعمل سلطته المحددة فجاوز حدودها، أو استعمل

---

(١) أما منع سماع الدعوى فلا يكون فيما تقررت فيه مسئولية بحكم القانون ويراد الإعفاء منها. ولكن فيما لم تتقرر فيه مسئولية أصلا ويراد عن طريق منع سماع الدعوى استحداث قواعد موضوعية جديدة. وستأتى الإشارة إلى ذلك فى مكان آخر.

سلطته التقديرية فتعمد الانحراف في استعمالها . ولكن يعفيه قانون التضمينات من المسئولية إذا هو استعمل سلطته التقديرية فاخطأ فى إستعمالها عن حسن نية . ويكون الأمر فى هذه الحالة مقصوراً على الإعفاء من المسئولية . فترفض دعوى التعويض ويبقى العمل غير مشروع . وفى هذه الحدود - وفى هذه الحدود وحدها - يمكن إعمال نصوص قانون التضمينات ، فتعفي الحاكم العسكرى من مسئولية كان قانون الأحكام العرفية وحده لا يعفيه منها(١)

الفرض الخامس : مخالفة التشريع لمبادىء الدستور العليا والروح التي تهيمن على نصوصه (نظرية القانون الأعلى) :

قدمنا أن هذا الفرض ينفسح فيه مجال الاجتهاد ، ويكاد المعيار الموضوعى فيه يتاخم المعيار الذاتى . ولذلك نسير هنا بحذار أكبر ، فلا نجزم برأى ، بل نضع أمام القارىء طائفة من الأفكار لا تزال قابلة للبحث والتمحيص . ونلتزم فى كل ذلك أن يكون بحثنا موضوعياً ، مبتعدين عن كل ما يضفى عليه صبغة ذاتية . ونتلمس أن يكون المعيار فى هذا الفرض الخامس هو أيضاً معيار موضوعى .

ومن أشد فقهاء القانون العام تحمساً في القول بأن التشريع يجب أن يكون خاضعاً لمبادىء الدستور العليا هو الأستاذ ديجيه . فهو يؤمن أشد الايمان بأن هناك قانوناً أعلى قد وجد قبل أن توجد الدولة ذاتها ، وأن كل تشريعات الدولة ، حتى التشريعات الدستورية ذاتها ، يجب أن تخضع لهذا القانون الأعلى ، الذى هو من خلق النظام الاجتماعى ، وليس وليد إرادة المشرع(٢).

---

(١) انظر فى هذه المسألة المناقشات التى دارت فى مجلس الشيوخ : مضبطة الجلسة الرابعة عشرة فى ١٧ من أبريل سنة ١٩٥٠ .

(٢) ويقول فى هذا المعنى ، كلما تقدمت بى السن ، وزدت دراسة للقانون وتعميقاً فى هذه الدراسة ، كلما زدت اقتناعاً بأن القانون لم تخلقه الدولة ، بل هو شىء خارج عنها ، وبأن فكرة القانون مستقلة كل الاستقلال عن فكرة الدولة ، وبأن القاعدة القانونية تفرض طاعتها على الدولة كما تفرض طاعتها على الأفراد ، =

ويقول ديجيه في هذا الصدد : «إذا كانت الدولة ، في سلطتيها الإدارية والقضائية ، تتقيد بالتشريع الذى صنعته.. فإن الدولة ، فى سلطتها التشريعية ، تتقيد هى أيضاً بقانون أعلى منها»[١]. ثم يتحدث عن المصادر المكتوبة لهذا القانون الأعلى ، فيراها فى مصدرين : «إعلان

«Plus j'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'Etat, qu'il existe en dehors de l'Etat et que la notion de droit est tout à fait indépendante de la notion d'Etat et que règle droit s'impose à l'Etat commé elle s'impose aux individus». (Duguit. Droit Constitutionnel, 2ème éd.I p. 33).

ويقول فى مكان آخر : «تخضع الدولة لقاعدة قانونية أعلى منها ، لا تملك لها خلقاً ، ولا تستطيع لها خرقاً . . . والأمر الجوهرى هو أن ندرك وأن نؤكد ، فى نشاط لا يعتريه الوهن أن هناك قاعدة قانونية تعلو على السلطة العامة ، قاعدة تقيد هذه السلطة بما تفرض عليها من الواجبات . ويجب أن نهب ، بكل ما نملك من قوة وبكل ما تتسع له صدورنا من سخط ، فى وجه هذه النظريات التى تنتسب إلى اكبر أعلام الفلسفة والقانون فى ألمانيا ، من أمثال كانت وهيجيل وأهرنج وجيليك ، وهى نظريات تقرر أن الدولة تصنع القانون ، وأنها لا تتقيد به ، أو أنها على الأقل لا تتقيد به إلا فى الحدود التى ترسمها بيدها . . . وقد سبق أن كشفت عن خطر هذه النظريات الضارة ، وبينت أنها تؤدى إلى سياسية السلطان المطلق فى الداخل وإلى سياسة الفتح فى الخارج» .

«..l'Etat est subordonné à une régle de droit supérieure à lui-même, qu'il ne crée pas et qu'il ne peut pas violer ...... L'essentiel, c'est de comprendre et d'affirmer, avec une indéfectible énergie, qu'il y a une régle de d roit suprieure à la puissance publique, qui vient la limiter et lui imposer des devoirs. Il faut s'élever de toute sa force et de toute son indignation contre ces doctrines qui, se réclamant des plus grands noms de la philosophie et de la juisprudence allemandes, de Kant,de Hegel, de Ihering, de Jellinek, enseignet que l'Etat fait le droit, qu'il n'est pas limité par lui, ou du moins qu'il ne l'est que dans la mesure qu'il fixe lui. même ...... j'ai déjà fait justice de ces théories néfasty qui, je l'ai montré, conduisent nécessairement à la politique d'absolutisme à l'intérieur, à la politigue de la conquête à l'extéteur». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p.p. 547-548).

(١) وهذه هى عباراته :

«Sil'Etat, administrateur et juge, est lié par la loi qu'il a faite ... l'Etat législateur est lui-même lié par un droit supérieur à lui». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd, III p. 553).

الحقوق، (déclaration des droits) ، والنصوص الدستورية الجامدة ، (lois constutionnelles rigides) . ففي إعلان الحقوق - كما يقول - ، تنعقد جمعية في ظروف استثنائية ، وتعلن مبادىء معينة تختارها من بين مبادىء القانون الأعلى ، وتفرضها على الدولة ، لا على السلطة التشريعية العادية فحسب بل ايضاً على السلطة المؤسسة . وكل تشريع ، أيا كان هذا وأيا كانت السلطة التى اصدرته ، لا بد أن يكون متفقاً مع هذه المبادىء . فإذا خالف التشريع مبدأ منها كان مخالفاً للقانون ، ولا يكون إذن واجب الطاعة . والنصوص الدستورية الجامدة تأتى مكملة لإعلان الحقوق . . . فإن هذه النصوص الدستورية تقيد السلطة التشريعية العادية ، ولا يجوز لهذه أن تمسها بنسخ أو بتعديل »[١]. ثم يقول إن هذين المصدرين المكتوبين لا يتسعان لجميع المبادىء التى ينطوى عليها القانون الأعلى . فإن هذا القانون في تطور دائم . ومن المستحيل ، كما يقول « الا نعترف باحتمال أن تقوم فى كل وقت مبادىء قانونية أعلى من الدولة ، ثم لا تكون هذه المبادىء مكتوبة لا فى إعلان الحقوق ولا فى النصوص الدستورية . وهى بالرغم من انها غير مكتوبة تلزم الدولة بنفس القوة التى كانت تلزمها بها لو انها اعلنت على وجه رسمي . ويترتب على ذلك وجوب التسليم بأن القضاء . . الذى يملك الامتناع عن تطبيق التشريعات المخالفة لإعلان الحقوق أو للدستور ، يجب أيضاً أن يمتنع عن تطبيق تشريع قد لا يخالف نصاً دستورياً مكتوباً ، ولكنه يتعارض حتماً مع مبدأ من مبادىء

---

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي :

« .... une assemblée réunie dans des conditions exceptionnelles formule certains prinoipes de droit supérieur qui s'imposent à l'Etat, non seulement au pouvoir législatif ordinaire, mais même au pouvoir législatif constituant, et toute loi, quelle qu'elle soit, quel que soitl'organe dont elle émane. doit être faite conformément à ces ptincipes. Si elle viole l'un d'eux, elle est contraire au droit ét logiquement aucune obéissance ne lui est due. Le système des lois constitutionnelles rigides vient compléter le système des déclarations des droits .... Ces règles s'imposent au législateur ordinaire elles ne peuvent être ni abrogées, ni modifiées par lui». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p. 554).

القانون الاعلى غير المكتوب، وهو مبدا يحس ضمير الجمهور إحساساً قوياً أنه ملزم للدولة»[١].

يوجد إذن، في نظر ديجيه، قانون يسبق الدولة في القدم (antérieur àl'etat)، ويعلو عليها (supérieur à l'etat)، هو الأصل الذى ترد إليه جميع التشريعات. ويكون التشريع صحيحاً أو باطلاً، لالموافقته او مخالفته لنصوص الدستور فحسب، بل ايضاً لموافقته أو مخالفته لهذا القانون الأعلى (Droit. Supériur). ونصوص ذاتها لاتكون صحيحة إلا بقدر ما تتفق مع هذا القانون، بل إن كثيراً من هذه النصوص ليست إلا تقنيناً له. فما هى خصائص هذا القانون الأعلى، وكيف نتعرف على مبادئه؟

يجيب ديجيه بأن أى مبدأ أدبى او اقتصادى، حتى يصبح من مبادىء القانون الأعلى، يجب أن تجتمع له ظاهرتان: شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ قد اصبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعى (solidarité sociale)، ثم شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ حق وعدل (sentiment de la justice)[١]. والعدل شىء نسبى فى نظر ديجيه. فليس يوجد

---

(١) وهذا مايقوله فى عبارته الأصلية:

«Il est donc impossible ... de ne pas reconnaire qu'à tout moment peuty avoir des principes du droit supérieur à l'Etat, qui ne sont formulés ni dans les déclaratinos des droits, ni dens les lois constitutionnelles et qui, quoique non écrits, obligent l'Etat aussi rigoureusement que s'ils avaient été solennellement proclamés. Comme consequence, il faut admettre que les juridictions qui ... doivent avoir compètence pour refuser d'appliquer toute loi contraire aux déclarations des droits ou à la constitution, doivent pouvoir aussi refuser d'appliquer une loi qui sans contenir une violation d'une règle constitutionnelle écrite, est certainement en contradiction avec un principe du droit supérieur non-écrit et que la conscience collective aperçoit fortement comme s'imposant à l'Etat». (Duguit. Dr. Const. 2ème éd. III p. 556).

(١) وننقل هنا، فى الأصل الفرنسى، ما يقوله ديجيه فى هذا المعنى:

«La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale. la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle de droit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd I p. 55).

=

شيء عادل في ذاته . وإنما يكون الشيء عادلاً بالنسبة إلى بيئة معينة وإلى زمن معين(١) . ومبادىء القانون الأعلى ملزمة للناس . وتأتى هذه القوة الملزمة من ان الإخلال بهذه المبادىء يرتد أثره في الشعور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال وقاية للتضامن الاجتماعى(٢) . فاقوى ما يكون شعور الجمهور بقيام مبدأ من مبادىء القانون الأعلى هو إذن في الوقت الذى يقع فيه الإخلال بهذا المبدأ . وعند ذلك تنادى الناس بوجوب تسجيله بين المبادىء القانونية المكتوبة ، فيصدر تشريع به يكون فى الواقع من الأمر تقريراً لقاعدة موجودة ، لا إنشاء لقاعدة جديدة(٣) .

وينكر ديجيه أن تكون القاعدة العامة القانونية (la règle juridique) ، على النحو الذى يقول به ، هى رجوع إلى فكرة القانون الطبيعى . فالقانون الطبيعى يستند إلى إرادة عليا فوق المجتمع ، وأحكامه مثالية مطلقة ، لا تتغير فى جوهرها وإن تغيرت فى مظاهرها ، ويسعى المجتمع أن يكشف عنها ليقترب منها ما استطاع . أما القاعدة القانونية التى يقول بها ديجيه فليست وليدة إرادة عليا ، بل هى تنشأ من طبيعة الروابط الاجتماعية ذاتها ، إذ تقوم على اساس من التضامن الاجتماعى . وليست هذه القاعدة مثالية مطلقة ، بل هى واقعية متطورة . ثم إن المجتمع لا حاجة به للسعى

ولما كان ديجيه ينكر ان يكون للأمة شخصية معنوية ، فقد تجنب أن يستعمل لفظ «الجماعة» (collectivité) ، واستعمل عبارة (masse des individus) التى ترجمناها بعبارة «جمهور الناس» .

(١) ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٤٩ - ص ٥٠ .

(٢) ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٦٥ .

(٣) وينتقد هوريو نظرية ديجيه فى نشأة القاعدة القانونية ، ويذهب إلى أن القاعدة القانونية تبدأ فى صورة إرادة من السلطة العامة ، فإذا اذعنت لها الناس استقرت نهائياً ، وإلا اضطرت السلطة العامة إلى سحبها . فالقاعدة القانونية تشتمل إذن على عنصورين : إرادة السلطة العامة وإذعان الناس . ولكن قوتها الملزمة ترجع إلى العنصر الأول دون الثانى (انظر فى رأى هوريو وبخاصة كيف يحلل التشريع إلى عنصريه ، فيجعل تقديم الحكومة لمشروع قانون إلى البرلمان هو عنصر إرادة السلطة العامة ، ويجعل موافقة البرلمان على مشروع القانون بمثابة العنصر الثانى وهو إذعان الناس - وجيزة القانون الدستورى سنة ١٩٢٣ ص ٢٥٢ - ص ٢٥٧ لاسيما الحاشية رقم ٢ فى ص ٢٥٣) .

في الاقتراب منها ، إذ هي دانية منه أبداً ، بل هي لصيقة به ، فمنه نشأت ، وفيه تعيش(١).

والقاعدة القانونية في نظر ديجيه أقدم من التشريع ، وأقدم من الفقه والقضاء ، وأقدم من العرف . وما التشريع ، ولا الفقه والقضاء ، ولا العرف ، إلا وسائل عملية متنوعة ، إذا تباينت في مقوماتها ، وتفاوتت في قوتها ، فإنها تتلاقى جميعاً عند وظيفة واحدة ، هي الكشف عن القاعدة القانونية التي نشأت من طبيعة الروابط الإجتماعية ، وقامت على أساس من التضامن الاجتماعي ، وأحس الناس بضرورتها وبعدالتها . وقد يعبر العرف ، أو القضاء ، أو الفقه ، أو التشريع ، عن القاعدة القانونية تعبيراً أميناً دقيقاً في وقت معين . ثم لا تلبث القاعدة القانونية أن تتطور تبعاً لتطور الروابط الاجتماعية ولضرورات التضامن الاجتماعي ولأنظار الناس في تقدير ما هو حق وعدل . فيصبح العرف أو القضاء أو الفقه أو التشريع متخلفاً عن غرضه ، غير دقيق فيما يترجم عنه ، ومن ثم يعوزه التصحيح والتعديل . فإذا ما تغير العرف ، أو جرى القضاء على نهج آخر ، أو أعقب الفقه القديم فقه جديد ، ونسخ التشريع تشريع يحل مكانه ، عادت هذه الوسائل مرة أخرى إلى ما كانت عليه من الدقة في تأدية وظيفتها . إذ أنها تكون قد جارت القاعدة القانونية في تطورها .

فالتشريع إذن في رأي ديجيه لايكون صحيحاً إلا بقدر ما يعبر تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية . فإذا لم يعبر عنها ، ولم ينسخه تشريع آخر ، نسخه القضاء ، أوهجره الناس . وقد كانت المسئولية التقصيرية القائمة على خطأ يثبته المضرور هي المسئولية التي قررها القانون المدني الفرنسي وقت أن وضع في سنة ١٨٠٤ . ولما تطورت القاعدة القانونية إلى المسئولية التي لا تقوم على خطأ ثابت ، تطور القضاء إلى هذا المعنى ، وتخلف التشريع فنسخه القضاء . بل إن التشريع قد يولد ميتاً لأنه منذ وضعه لايكون معبراً تعبيراً صحيحاً عن القاعدة القانونية ، كما وقع في فرنسا لنظام المعاشات الإجبارية وقد سنه قانون ٥ أبريل سنة ١٩١٠ للمستخدمين في الصناعة والتجارة والزراعة والمهن الحرة وللخدم ، ولم

---

(١) ديجيه في القانون الدستوري الطبعة الثانية جزء أول ص ٧٢ .

يكن النظام فى ذلك العهد قد انغرس فى نفوس الناس . ولم تكن طباعهم قد تألفته، فنبذوه ولم ينزلوا عند حكمه، واستبدلوا به النظام التأمين الاختيارى .

ولما كان ديجيه يرى أن القاعدة القانونية تسبق الدولة وتعلو عليها ، فقد كان طبيعياً أن ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان (souveraineté) . سواء تمثل هذا السلطان فى شخص حاكم مستبد مطلق يزعم لنفسه أنه يستمد سلطانه من عند الله (droit divin)، أو تمثل فى صورة حاكم ديمقراطى شعبى يذهب إلى أنه يستمد سلطانه من سيادة الأمة (souveraineté nationale) . فلا سيادة لحاكم مفرد، ولا لطبقة ممتازة، ولا للأمة جمعاء ، وإنما السيادة للقانون ، وفيه وحده يتمثل السلطان . ومن هنا كانت الدولة هى التى تخضع للقانون، ولا يخضع القانون للدولة . يخضع للقانون كل من الحاكم والمحكوم، «وليكن الحاكم امبراطوراً أو ملكاً أو قنصلا أو رئيس جمهورية، ثم ليعلن عن إرادته، فما هو إلا إنسان، وليست لإرادته فى ذاتها قوة منشئة فى عالم القانون أعلى من القوة التى تكون لإرادة أضعف شخص من رعاياه»(١) .

---

(١) وهذه هى عبارات ديجيه :

«Que ce soit un empereur, un roi, un consul, un président de la république, qui fasse une déclaration de volonté, ce n'est jamais qu'un homme et cette déclaration de volonté n'a pas en soi plus de force créatrice dans le domaine du droit que celle du dernier des sujets». (Duguit, Droit. Const. 2ème éd. I p 515).

وينكر ديجيه، تبعاً لذلك، أن يكون هناك تمييز بين القانون العام والقانون الخاص ، إلا من ناحية تنظيم دراسة القانون وتبويبها وإلا من ناحية الجزاء الذى يترتب على القاعدة القانونية وكيفية تحقيق هذه القاعدة . ذلك أن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص إنما يقوم على أساس أن الدولة له شخصية معنوية وأن لها سلطاناً ، ومن ثم تكون علاقات الأفراد بالدولة غير علاقاتهم بعضهم ببعض . ولما كان ديجيه ينكر على الدولة أن يكون لها سلطان أو أن يكون لها شخصية معنوية . فهو يرى الا أساس لهذا التمييز . وأن التمييز لا يقوم إلا إذا سلمنا أن الدولة هى التى تخلق القانون، فعند ذلك تكون دراسة القانون الخاص هى دراسة هذا القانون الذى خلقته الدولة، ودراسة القانون العام هى دراسة القيود التى تضعها الدولة على سلطانها بمحض إرادتها (ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء أول ص ٥٢٥ - ص ٥٢٦) .

والدولة فى نظر ديجيه ليست سلطاناً يأمر فيطاع ، بل هى هيئة قوامة على مجموع من المرافق العامة (fédération de sevices publice) ، بدأت منذ القدم تتمثل فى مرافق ثلاثة ، هى مرفق الدفاع ومرفق البوليس ومرفق القضاء ، ثم كثرت هذه المرافق وتنوعت ، وأصبحت من الكثرة والتنوع بحيث تستغرق أهم ميادين النشاط الاجتماعى والنشاط الاقتصادى ، وهى بالرغم من كثرتها ومن تنوعها تجتمع كلها عند فكرة واحدة هى فكرة التضامن الاجتماعى فى صورتيها ، الصورة السلبية وتنهى عن كل ما يعوق هذا التضامن ، والصورة الايجابية وتأمر بكا ما يوطده ويقويه . فتدير الدولة اليوم ، إلى جانب مرافق الدفاع والبوليس والقضاء ، مرافق أخرى كمرفق التعليم ، ومرفق الصحة العامة ، ومرفق العمل ، ومرفق التموين ، ومرفق الضمان الجماعى ، ومرفق المواصلات ، ومرفق البلدية ، ومرفق الزراعة والصناعة والتجارة والنشاط الاقتصادى بوجه عام . وهكذا تتعدد هذه المرافق وتتشعب ، وتضطرد فى تعددها وتشعبها ، ولكنها تقوم جميعاً على أساس واحد ، هو التضامن الاجتماعى . فالقاعدة القانونية الكبرى هى أن تدبر الدولة ، بما تقتضيه واجبات التضامن الاجتماعى ، هذه المرافق العامة . وكل عمل تأتيه الدولة أو الأفراد لتحقيق هذه المعنى هو عمل مشروع يحميه القانون . وكل عمل يتعارض مع هذا المعنى هو عمل غير مشروع يمنعه القانون قبل أن يقع ، ويرتب عليه الجزاء إذا ما وقع[١] . فالدولة ليست إذن إلا مركزاً لهذه المرافق مجتمعة ، تقوم عليها ، وتكفل بقاءها غير منقطعة . وليس لأحد ، ولو كان الحاكم ، أن يفرض إرادته إذا تعارضت هذه الإرادة مع القواعد القانونية ، ولا طاعة للحاكم فى معصية القانون[٢] . فإذا كانت إرادة السلطة الحاكمة ، ولندعها تتمثل فى تشريع ، واجباً على المحكوم طاعتها ، فليس ذلك لأن هذ الإرادة

(١) ديجيه القانون الدستورى الطبعة الثانية جزء ٢ ص ٦٤ـ ٦٥ .

(٢) وهذا ما يقوله ديجيه :

«Nul n'a le droit de commander aux autres, ni un empereur, ni un roi ni un parlement, ni une majorité populaire ne peuvent imposer leur volonté comme telle: leurs actes ne peuvent s'imposer aux gouvernés que s'ils sont conformes au droit» (Duguit, Droit Const. 2éme éd. I p. 518).

أعلى من إرادة المحكوم، أو لأنها تتمتع بسلطان مزعوم، بل لأن هذه الإرادة مفروض فيها انها تتفق فى محلها وفى غايتها مع القانون. أما سلطان الدولة فشىء لا وجود له(١).

والذى يستخلص من نظرية ديجيه، فيما نحن بصدده من بحث دستورية القوانين، أن كل تشريع يتعارض مع القانون الأعلى فى مبادئه التى تقوم على فكرة التضامن الاجتماعى، سواء كانت هذه المبادىء

---

(١) ونتقل هنا عبارات ديجيه:

«Quand donc un acte émanant des gouvernants s'impose à l'obéissance des gouvernés, ce n'est point, qu'il émane d'une prétendue volonté supérieure, investie d'un prétendu droit subjectif de commandement mais parce que par bypolhése, it est, par son objet et par son but, conforme au droit objectif de la collectivité considérée. De droit de souveraineté il n'y en a pas». (Duguit, Droit Const. 2éme éd. I p.p. 515,516).

ويلخص ديجيه مذهبه فى العبارات الآتية: «فلننبذ إذن، نبذاً نهائياً، هذه النظريات العتيقة فى شأن شخصية الدولة وسلطانها، وهى النظريات التى تولد مشاكل لا حل لها، وتجرإلى مناقشات عقيمة لا تنتهى، ثم هى النظريات التى كانت وستكون دائماً أساساً للحكم المستبد المطلق فى الداخل والسياسة العدوان والفتح فى الخارج. ولنقل: الحكام هم أفراد مثل الآخرين، يخضعون كسائر الأفراد لقواعد القانون القائمة على التضامن الاجتماعى فى داخل الدولة والتضامن الاجتماعى فيما بين الدول. وقواعد القانون هذه تفرض عليهم واجبات يؤدنها. وإنما تكون أعمالهم مشروعة واجبة الطاعة، ليس لأنها تصدر من شخص ذى سلطان مزعوم، بل لأنها - وليس إلا لأنها - تتفق مع قواعد القانون التى تقيد من صدرت منهم هذه الأعمال. هذه هى الفكرة العامة التى ستلهم كل ما سيأتى من البحوث».

«Bannissons donc une fois pour toutes ces conceptions surannées de personnalité de souveraineté de l'Etat, qui donnent naissance à des problèmes insolubles, à des discussions interminables et vaines, qui ont toujours été et seront toujours le principe d'une action tyrannique et dietatoriale à l'intérieur et d'une politique agressive et conquérante à l'extérieur. Disons: Les gouvernants sont des individus comme les autres, soumis comme tous les individus à des règles de droit fondées sur une solidarité sociale et intersociale: ces régles de droit leur imposent des devoirs et leurs serout légitimes et s'imposeront à l'obéissance, non parce qu'ils émanent d'une prétendue personne sourveraine, mais quand et seulement quand ils sont conformes aux règles de droit qui s'imposent à leurs auteurs. Telle est l'idée générale qui inspirera toutes études qui vont suivre. (Duguit, Dr. Const. 2 ème éd p.p. 564-565.

مكتوبة أو غير مكتوبة ، يكون تشريعاً غير دستورى ، ومن ثم يكون تشريعاً باطلاً . وقد سبق لديجيه أن قرر هذا المعنى ، ويقرره الآن فى كثير من الوضوح إذ يقول : «سأصف في إيجاز كل تشريع يتعارض مع مبدأ من مبادىء القانون ، سواء كان هذا المبدأ مدوناً فى قانون أرقى من التشريع العادى كوثيقة إعلان الحقوق والدستور الجامد أو كان غير مدون ، بأنه تشريع غير دستورى . وجماع القول أننى أعنى بالتشريع غير الدستورى أن يكون مرادفاً للتشريع الذى يتعارض مع القانون الأعلى ، مكتوباً كان هذا القانون أو غير مكتوب»[1] .

---

(١) وهذا هو نص ما يقوله ديجيه فى أصله الفرنسى :

«... je qualifierai simplement de loi inconstitutionnelle toute loi contraire à un principe supérieur du droit, insert ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide. En un mot je prends l'expression: loi inconstitutionnelle, comme synonyme de loi contraire au droit supérieur écrit ou non écrit». (Duguit, Dr. Const. 2ème éd. III p. 660).

ثم يقول ، فى مكان آخر ، لتبرير هذه القاعدة : «لاشك في أن المنطق يقضى بأنه إذا تعارض قانون أدنى مع قانون أعلى ، فالقانون الأعلى هو الذى يجب على المحاكم تطبيقه ، ومن ثم تمتنع هذه المحاكم عن تطبيق القانون الأدنى . فإذا قام تعارض بين التشريع العادى من جهة وبين نصوص الدستور أو نصوص إعلان الحقوق من جهة أخرى ، فلا تستطيع المحكمة أن تطبق التشريع العادى . كذلك إذا قام تعارض بين نص فى الدستور ونص فى وثيقة إعلان الحقوق ، وجب على المحكمة أن تطبق النص الثانى وأن تمتنع عن تطبيق النص الأول» .

«... il est incontestablement logique qu'au cas de contradiction entre la loi supérieure, c'est cette dernière que doivent appliquer les tribunaux, lesquels refusent par là même d'appliquer la loi inférieure. S'il y a contradiction entre la loi ordinaire d'une part et la loi constitutionnelle ou la déclaration des droits d'autre part, le tribunal ne peut pas appliquer la loi ordinaire. De méme. s'il y a contradiction entre la loi constitutionnelle et une disposition de la déclaration des droits, le tribunal devra appliquer celle ci et refuser d'appliquer celle - là». (Duguit, Dr. Const. 2èmer. éd. III p. 668).

ويذهب هوريو إلى هذا الرأى فى تعليقاته على أحكام لمجلس الدولة الفرنسى قضت بمشروعية القرارات الصادرة بفصل عمال البريد بسبب إضرابهم ، دون أن يطبق مجلس الدولة المادة ٦٥ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٠٥ . واعتبر هوريو أن هذا القانون ، وهو قانون يعترف بمشروعية إضراب الموظفين ، غير دستورى لأنه يخل بمبدأ جوهرى ، ومن ثم لا يجوز للمحاكم أن تطبقه . ويقول فى هذا الصدد إن التشريع

=

ويؤخذ من هذا كله أن القانون المكتوب فى نظر ديجيه ليس هو كل القانون ، وأن هناك مبادىء عليا غير مكتوبة تسمو فى مرتبتها على كل قانون مكتوب . فإذا خالف التشريع هذه المبادىء كان تشريعاً باطلاً .

يكون غير دستورى ، ليس فحسب إذ خرق نصاً صريحاً فى الدستور ، بل ايضاً إذا أخل بمبدأ جوهرى تقوم عليه حياة الدولة ذاتها . وفى الولايات المتحدة الأمريكية تقضى المحكمة العليا بعدم دستورية القوانين ، ليس فحسب إذا كانت تتعارض مع نص مكتوب فى الدستور ، بل ايضاً إذا كانت تتعارض مع المبادىء العامة الجوهرية التى تقوم عليها الحياة الاجتماعية والاقتصادية للبلاد . وتصل المحكمة العليا فى هذا الطريق إلى حد أن تقضى فى صحة أو بطلان التعديلات التى يراد إدخالها على الدستور ذاته ، وفقاً لما إذا كانت هذه التعديلات تتفق أو تتعارض مع هذه المبادىء العامة الجوهرية

هذا ويذهب ديجيه فى تقرير الحق فى مقاومة التشريع غير الدستورى إلى مدى بعيد . فيقول إن من حق كل إنسان أن يقاوم تطبيق تشريع يتعارض مع المبادىء القانونية العليا بكل انواع المقاومة : (١) بالمقاومة السلبية (résistance passive) أولا ، وذلك بألا ينفذ حداً مختاراً احكام هذا التشريع . (٢) وبالمقاومة الدفاعية (résistance defensive) ثانياً ، وذلك بأن يقاوم ، بالقوة عند الضرورة ، تنفيذ احكام التشريع الباطل ، ولا عليه أن يتهم بجريمة التمرد (rébellion) ، فإنه يستطيع دفع هذه التهمة بأنه لم يقاوم تشريعاً صحيحاً ، بل قاوم تشريعاً باطلاً ينطوى على إخلال بمبادىء القانون . (٣) وبالمقاومة الهجومية (résistance agressive) أخيراً ، وذلك بأن يعمد إلى الثورة (insurrection) فى وجه هذا التشريع . وهنا يتردد ديجيه فى تقرير مشروعية الثورة فى وجه التشريع الباطل . وينتهى إلى القول بأن هذه الثورة مشروعة من الناحية النظرية . أما من الناحية العملية ، فإن أمر مشروعيتها لا يعرض على المحاكم إلا إذا أخفقت ، وعند ذلك لا تتردد المحاكم فى اعتبارها غير مشروعة (ديجيه فى القانون الدستورى الطبعة الثانية الجزء الثالث ص ٧٤٥ ـ ٧٥٠) .

ويستطيع ديجيه ، بعد أن قرر من الناحية النظرية مشروعية الثورة فى وجه تشريع باطل ، أن يرد ما يقرره فى هذا الشأن إلى أصول مذهبه . فهو يرى أن القوة الملزمة لمبادىء القانون الأعلى تأتى من أن الإخلال بهذه المبادىء يرتد أثره فى الشعور العام ، فيحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذه الإخلال . وظاهر أن خطوة أخرى فى هذا الطريق تؤدى به إلى أن يقول : إذا صدر تشريع باطل يخل بمبادىء القانون الأعلى الملزمة ، وأحس الجمهور أن العدل يقتضى تدخل السلطة العامة لقمع هذا الإخلال ، ولم تتدخل هذه السلطة ، فإن الجمهور يستفزه هذه الإخلال شيئاً فشيئاً كلما تزايدت جسامته ، حتى إذا أصبح لا يستطيع عليه صبراً ، تدخل هو بدلاً من السلطة العامة وحل محلها فى قمعه ، وهذه هى الثورة .

ومهما يكن من أمر هذه النظرية الجليلة التي يقول بها ديجيه، فنحن لا نذهب معه إلى هذا المدى، خشية ما عسى أن يصيب التشريع من تقلقل واضطراب إذا نحن عمدنا في استخلاص المبادئ القانونية العليا إلى قانون غير مكتوب تختلف فيه الأنظار وتتباين عنده المذاهب، ثم جعلنا دستورية التشريع رهناً بهذه المبادئ غير المستقرة. لذلك كان لا بد لنا من أن نقتصر في إستخلاص المبادئ القانونية العليا على القانون المكتوب، أي على نصوص الدستور. وقد فعلنا ذلك تجنباً للنقاش والجدل، وتوخياً للموضوعية التي التزمناها، وإبعاداً للبحث عن ميدان النظر الفلسفي لجعله بحثاً واقعياً صالحاً للتطبيق العملي. ونكتفي إذن بتقرير أن هناك مبادئ عليا تسود الدستور المصري وتهيمن على جميع احكامه، وهذه المبادئ العليا التي هي روح الدستور تستخلص إستخلاصاً موضوعياً من نصوصه المدونة. وهذا الإستخلاص الموضوعي المحض هو من اليسر والوضوح بحيث لا يمكن أن يكون محلاً للجدل. ومتى استخلصنا هذه المبادئ العليا للدستور المصري - ولا شأن لنا هنا بمبادئ عليا مجردة ولا بقانون أعلى على النحو الذي ذهب إليه ديجيه - كان على المشرع المصري أن يلتزمها في تشريعاته، وأن يتجنب الانحراف عنها فيما له من سلطات تقديرية. فإذا صدر تشريع يتعارض مع هذه المبادئ العليا، كان التشريع باطلا لما ينطوي عليه من إنحراف في إستعمال السلطة التشريعية. هذا هو المبدأ الذي نقرره، وهو كما نراه مبدأ موضوعي واقعي، لا يعتوره التقلقل الذي يصحب المعيار الذاتي، ولا يكتنفه الجدل الذي يحيط بالنظر الفلسفي. وعلينا الآن أن نطبقه.

ونبدأ بأن نستخلص استخلاصاً موضوعياً المبادئ العليا للدستور المصري. وقد سبق أن اخترنا بعض هذه المبادئ في الفروض الأربعة الأولى، فرجعنا إلى طبيعة التشريع ذاتها، ثم إلى الغرض المخصص الذي رسم للتشريع، ثم إلى الحريات والحقوق العامة في حدودها الموضوعية، ثم إلى الحقوق المكتسبة وما يجب لها من الاحترام. وقد جعلنا الصدارة لهذه المبادئ الأربعة لأنها في نظرنا قد تبلورت تبلوراً موضوعياً كافياً جعلها جديرة بمنزلة خاصة تفرد فيها بالذكر. والآن نلقي نظرة شاملة على الدستور المصري لنستخلص بوجه عام مبادئه العليا، تلك التي سبق

ان قررناها وهذه التى سنقررها فيما يلى، حتى يستقيم لنا فيها نظر جامع.

دستورنا المصرى، وهو كما تقول ديباجته «كأحدث الأنظمة الدستورية فى العالم وأرقاها، تعيش (الأمة) فى ظله عيشاً سعيداً مرضياً، وتتمكن به من السير في طريق الحياة الحرة المطلقة، ويكفل لها الاشتراك العملى فى إدارة شؤون البلاد والاشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها»، يعنى كأى نظام دستورى راق بالفرد وبالجماعة.

يعنى بالفرد: ومن ثم أفرد باباً هاماً يقرر فيه حقوق المصريين العامة وواجباتهم، وهو فى كل النصوص التى اشتمل عليها هذا الباب إنما يخاطب المشرع نفسه، ويوجب عليه حماية الحريات والحقوق العامة في تشريعاته. فيقرر مبدأ المساواة بين المصريين. ثم يقرر مبدأ الحرية الشخصية، بما يستلزمه هذا المبدأ من تحريم ضروب الاعتداء على حرية الفرد، من قبض أو حبس أو توقيع عقوبة أو إبعاد أو تقييد لمظاهر الحرية الشخصية، وما يستتبعه من حرمة المسكن واحترام السرية فى المراسلات. ثم يقرر مبدأ حرية الرأى، بما يستتبعه هذا المبدأ من حرية العقيدة وحماية الشعائر الدينية وحرية الصحافة وحرية الاجتماع وحق تكوين الجمعيات. ثم يقرر حرمة الملكية، فلا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة وبشرط التعويض العادل، ولا تجوز المصادرة العامة للأموال.

ويعنى الدستور المصرى بالجماعة، أى بالدولة المصرية أمة وحكومة. فيقرر فى مادته الأولى أن مصر دولة ذات سيادة، وهى حرة مستقلة، ملكها لا يجزأ لا ينزل عن شيء منه، وحكومتها ملكية وراثية، وشكلها نيابى. ثم يقرر أن جميع السلطات مصدرها الأمة. ويميز بعد ذلك بين السلطات الثلاث، التشريعية والتنفيذية والقضائية. فيقرر استقلال السلطة القضائية. ويبين الارتباط ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فهما سلطتان متميزتان متعاونتان، كل منهما رقيبة على الأخرى. تراقب السلطة التشريعية السلطة التنفيذية بما لها من حق السؤال والاستجواب والتحقيق والاتهام وتقرير عدم الثقة. ويتمتع أعضاء هذه السلطة بالحصانة البرلمانية. ولا يجوز للسلطة التنفيذية أن تعرقل ما للسلطة التشريعية من حق التشريع إلا فى حدود معينة رسمها الدستور، وتتلخص

فى حق الاعتراض (droit de veto) ولا يترتب عليه إلا تأخير التشريع أو استلزام أغلبية خاصة لتقريره إذا اريد به الا يتأخر. وتعاون السلطة التنفيذية السلطة التشريعية وتراقبها بما أعطى الدستور للسلطة التنفيذية من حق اقتراح القوانين، ووضع اللوائح التنفيذية ولوائح البوليس، ومن حق ترتيب المصالح العامة، وإصدار مراسيم الضرورة، ومن حق تأجيل إنعقاد البرلمان، ومن حق حل مجلس النواب. فإذا صدر مرسوم بحل مجلس النواب، وجب إجراء إنتخابات جديدة فى ميعاد لا يجاوز شهرين وتحديد ميعاد لاجتماع المجلس الجديد فى العشرة الأيام التالية لتمام الانتخاب، كل هذا حتى لا تتعطل رقابة البرلمان على السلطة التنفيذية مدة طويلة. هذا هو مدى الارتباط والتعاون والرقابة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف العادية. فإذا ما قامت ظروف إستثنائية تستدعى إعلان الأحكام العرفية، فهنا ترجح كفة السلطة التنفيذية، وتجمع فى يدها فى نواح معينة ما بين السلطات الثلاث. ولكن الدستور مع ذلك جعل للسلطة التشريعية رقابة على السلطة التنفيذية فى إستعمالها لهذه السلطات. فأوجب أن يصدر تشريع ينظم الأحكام العرفية مقدماً، ويبين بوجه خاص السلطات الاستثنائية التى تعطى للقائم على إجراء هذه الأحكام. وقيد هذا التشريع بألا يعطل من إنعقاد البرلمان حتى يبقى هذا رقيباً على السلطة التنفيذية وهى تباشر سلطاتها الاستثنائية بما يبقى له من حق السؤال والاستجواب وتقرير عدم الثقة. وأوجب أن يعرض مرسوم إعلان الأحكام العرفية فوراً على البرلمان ليقرر استمرارها أو إلغاءها.

هذه هى بعض المبادىء العليا التى يمكن استخلاصها استخلاصاً موضوعياً من نصوص الدستور واحكامه. وقد لخصها الدستور ذاته فى عبارة شاملة ليجعلها مبادىء ثابتة مستقرة لا يجوز أن يرد عليها تنقيح بتعديل أو حذف أو إضافة. فنصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن «للملك ولكل من المجلسين اقتراح تنقيح هذا الدستور بتعديل أو حذف حكم او اكثر من احكامه أو إضافة أحكام أخرى، ومع ذلك فإن الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابى البرلمانى، وبنظام وراثة العرش، وبمبادىء الحرية والمساواة التى يكفلها هذا الدستور، لا يمكن اقتراح تنقيحها». فإذا صدر تشريع، عن سلطة تقديرية، يتعارض مع هذه

المبادىء العليا ، حتى لو لم يتعارض مع نص خاص من نصوص الدستور ، فقد قدمنا أن هذا التشريع يكون باطلا لانطوائه على انحراف في إستعمال السلطة التشريعية . وقد سبق أن أوردنا بعض التطبيقات لتشريعات تتعارض مع مبادىء الحرية والمساواة ، فلا نعود إليها . وبقى أن نورد تطبيقات للتشريعات التى تتعارض مع المبادىء العليا المتعلقة باستقلال السلطة القضائية وبالصلات القائمة ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية فى الظروف العادية وفى الظروف الاستثنائية التى تعلن فيها الأحكام العرفية . ونختار من هذه المبادىء أربعة :

المبدأ الأول : يتعلق باستقلال السلطة القضائية . وقد نص الدستور فى هذا الصدد فى المادة ١٢٤ على أن « القضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، وليس لأية سلطة فى الحكومة التدخل فى القضايا » . ومن هذا النص يستخلص مبدأ عام جوهرى من المبادىء العليا للدستور ، هو مبدأ استقلال السلطة القضائية عن كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية . بل إن السلطة القضائية هى الرقيبة على كل من هاتين السلطتين ، بما لها من حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التى تخالف القانون فتقضى بإلغائها وبالتعويض عنها ، وبما لها من حق النظر فى القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية إذا هى خالفت الدستور فتقضى بعدم دستوريتها على النحو الذى نبسطه فى هذا البحث . فالسلطة القضائية إذن ، وهذه مسئولياتها ، يجب أن تتمتع باستقلال كامل ، ولا يجوز لأية سلطة من السلطتين الأخريين التحيف عليها أو الانتقاص من استقلالها ، وإلا عجزت عن القيام بوظيفتها ، وتعطل حكم الدستور . فإذا صدر تشريع يبسط إشرافاً على القضاء يكون من شأنه أن ينتقص من استقلاله ، كان هذا التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . ويتوقف الأمر فى ذلك على مدى الإشراف الذى يتقرر . فإن كان مجرد تنظيم لأعمال القضاء الإدارية بما لا يمس استقلاله ، كان التشريع صحيحاً . ولكن ينبغى فى هذه الحالة تجنب لفظ « الإشراف » ، فإن هذا اللفظ يشعر بمعنى السيطرة والهيمنة ، ولا يجوز لأية سلطة أن تسيطر أو تهيمن على السلطة القضائية لما قدمناه . أما إذا كان الإشراف ينطوى على سيطرة حقيقة ، كان فى هذا انتقاص لاستقلال القضاء ، وكان التشريع باطلاً . والبطلان هنا ليس لأن التشريع خالف نصاً صريحاً من نصوص

الدستور فيما تكون فيه السلطة التشريعية سلطة محددة ، بل لأنه يتعارض مع المبادىء العليا للدستور في أمر يتمتع فيه البرلمان بسلطة تقديرية . فالعيب الذى يلحق التشريع في هذه الحالة ليس هو عيب مخالفة الدستور بل عيب الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية .

ومبدأ ثان من المبادىء العليا للدستور هو مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد رأينا أن الدستور ينص في المادة ١٠٩ على أنه « لا يجوز مؤاخذة أعضاء البرلمان بما يبدون من الأفكار والآراء في المجلسين » ، وينص في المادة ١١٠ على أنه « لا يجوز أثناء دور الانعقاد إتخاذ إجراءات جنائية نحو أى عضو من أعضاء البرلمان ولا القبض عليه إلا بإذن المجلس التابع هو له ، وذلك فيما عدا حالة التلبس بالجناية » . ومن هذين النصين يستخلص مبدأ الحصانة البرلمانية . وقد قدمنا أن التشريع الذى يخالف أحد النصين ، فيجيز مثلا في أثناء دور الانعقاد وفي غير حالة التلبس القبض على عضو البرلمان بغير إذن المجلس المختص ، يكون تشريعاً باطلاً ، لا لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية ، بل لمخالفته للدستور . ولكن التشريع قد لا يكون صريحاً إلى هذا الحد في مخالفته للدستور ، فلا يقرر جواز القبض على عضو البرلمان بغير إذن ، ولكن يحرم على أعضاء البرلمان اعتناق مذهب معين أو القول برأى معين ، تحكماً من أغلبية أعضاء البرلمان في أقليتهم . ففى هذه الحالة يكون التشريع باطلاً ، لا لمخالفته للدستور ، بل لانطوائه على انحراف في استعمال السلطة التشريعية . ولما كان إعلان الأحكام العرفية قد يقضى على الحصانة البرلمانية ، فيجوز ، إذا ما وسعت سلطات الحاكم العسكرى ، القبض على عضو البرلمان من غير إذن ، وجب ألا تتخذ هذه السلطة الاستثنائية ذريعة لتعطيل انعقاد البرلمان ، فلا يصح لتشريع عرفى أن يجيز القبض على الأغلبية من أعضاء أحد المجلسين حتى لا يتعطل انعقاد هذا المجلس .

ومبدأ ثالث من المبادىء العليا للدستور هو مبدأ الفصل ما بين السلطتين التشريعية والتنفيذية . وقد حدد الدستور لكل سلطة منهما نطاقاً لا يصح لها أن تجاوزه . فأباح للسلطة التشريعية أن تصدر تشريعاً بفرض رسوم ، وأن تدع للسلطة التنفيذية إصدار لائحة لتحديد مقدار هذه الرسوم

وتنظيم طريقة دفعها ، فإن المادة ١٣٤ من الدستور لم تشترط أن يصدر الرسم بقانون واكتفت بأن تكون تأديته فى حدود القانون . ولكن هذه المادة ذاتها أوجبت أن يكون فرض الضريبة بقانون يحدد مقدارها . فإذا أصدر البرلمان تشريعاً يكل فيه إلى السلطة التنفيذية أن تحدد بلائحة مقدار رسوم فرضها هذا التشريع ، وكانت الرسوم إنما تخفى ضرائب حقيقية سترها البرلمان تحت وصف أنها رسوم ، كان التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية ، وكانت اللائحة باطلة كذلك لصدورها من جهة غير مختصة .

ومبدأ رابع من المبادىء العليا للدستور هو وجوب تقييد السلطة القائمة على إجراء الأحكام العرفية وأن يكون هذا التقييد مقرراً فى تشريع سابق . فإطلاق السلطة للحاكم العسكرى يتعارض مع هذا المبدأ الجوهرى . ومن ثم إذا تضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يوسع فى سلطات الحاكم العسكرى توسيعاً يجعل منه حاكماً مطلقاً لا حد لسلطانه ، كان هذا النص باطلاً لتعارضه مع المبادىء العليا للدستور ولانطوائه على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . مثل ذلك أن يتضمن قانون الأحكام العرفية نصاً يعفى الحاكم العسكرى من المسئولية عن الأعمال التى يأمر بها أو يتولاها ، فلا يجيز سماع الدعوى إذا كان الغرض منها الطعن فى هذه الأعمال . ذلك أن هذا النص يكون من شأنه أن يبيح للحاكم العسكرى مجاوزة سلطاته الاستثنائية دون أن تترتب مسئولية فى ذمته ، فتصبح سلطاته مطلقة لا حد لها ، وهذا يتعارض مع المبادىء العليا للدستور . وقد رأينا أن قوانين التضمينات تكون هى أيضاً باطلة إذا فسرت على أنها تعفى الحاكم العسكرى من المسئولية عن الأعمال التى جاوز فيها حدود سلطاته . ونرى من ذلك أن النص الذى يعفى الحاكم من المسئولية عن تجاوز سلطاته هو نص باطل ، سواء أعفاه بعد وقوع الأعمال التى استوجبت المسئولية فى صورة قانون من قوانين التضمينات ، أو أعفاه مقدماً قبل وقوع هذه الأعمال فى صورة نص عام يندرج فى قانون الأحكام العرفية . ففى الحالتين يكون النص متعارضاً مع المبادىء العليا للدستور ، ومنطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية[1] .

---

(١) وقد صدر أخيراً مرسوم بقانون (رقم ٦٤ لسنة ١٩٥٢) يضيف إلى قانون

هذه بعض تطبيقات لتشريعات متعارضة مع المبادىء العليا للدستور . ونجتزىء بهذا القدر ، فهو كاف لإثبات أن التشريع قد لا يكون

---

* الأحكام العرفية مادة جديدة بعد المادة ١٠ برقم ١٠ مكرر نصها كالآتي : « لا تسمع امام اية جهة قضائية اية دعوى او طلب أو دفع يكون الغرض منه الطعن في اى إعلان أو تصرف أو امر او تدبير او قرار وبوجه عام أى عمل امرت به أو تولته السلطة القائمة على الأحكام العرفية او مندوبوها ، وذلك سواء أكان هذا الطعن مباشرة عن طريق المطالبة بإبطال شيء مما ذكر أو بسحبه أو تعديله او بوقف تنفيذه ام كان الطعن غير مباشر عن طريق المطالبة بتعويض أو بحصول مقاصة أو بإبراء من تكليف او التزام أو برد مال او باسترجاعه أو باسترداده أو باستحقاقه او بأية طريقة أخرى » .

وفى رأينا ان قانون الأحكام العرفية لا يجوز تعديله عن طريق مرسوم بقانون على الوجه المبين فى المادة ٤١ من الدستور ، لأن الأحكام العرفية لا يجوز تنظيمها إلا بقانون يقرره البرلمان وفقاً للمادة ١٥٥ من الدستور ، واسوة بتنظيم الحقوق والحريات العامة . ويصدق هذا بنوع خاص إذا كان التعديل يشتمل على أحكام تخالف الدستور وهذا هو شأن التعديل الذى نحن بصدده إذ أن المادة ٤١ من الدستور تشترط صراحة الا يكون المرسوم بقانون مخالفاً للدستور . فإذا أضفنا أن هذا التعديل لم يعرض على قسم التشريع بمجلس الدولة ، كان لنا أن نقول إنه باطل من ناحية الموضوع ومن ناحية الشكل . وقد صدر فعلاً ، بعد كتابة هذا المقال ، مرسوم بقانون بالغائه .

على انه حتى لو كان التعديل قد ادخل فى قانون الأحكام العرفية عن طريق قانون قرره البرلمان ، لكان مع ذلك باطلاً ايضاً . فهو لا يعدو ان يكون قانون تضمينات سبق الأعمال التى تتحقق بها مسئولية الحاكم العسكرى ، فحكمه هو عين حكم قانون التضمينات اللاحق لهذه الأعمال . وقد رأينا أن قانون التضمينات لا يعفى من المسئولية عن مجاوزة الحاكم العسكرى لحدود اختصاصه ولا عن انحراف فى استعمال سلطته عن عمد او عن خطأ جسيم . اما الإعفاء من المسئولية عن الخطأ غير الجسيم فليس من شأنه كما قدمنا أن يقلب العمل الباطل صحيحاً ، بل يبقى العمل باطلاً يبقى العمل واجباً إلغاؤه وواجباً وقف تنفيذه ، وتسمع الدعوى فى كل من هذين الطلبين ، ولكن لا تسمع فى التعويض عن الضرر الذى نجم عن هذا العمل . ولا صحة فى نظرنا لما ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا المرسوم بقانون من انه لا يعدو ان يكون استظهاراً لنية الشارع ، وأن الإعفاء من المسئولية وقت قيام الأحكام العرفية لا يحتاج إلى نص وإنما يخلص من طبائع الأمور ذاتها ومقتضيات إعلان الأحكام العرفية . إذ لو كان هذا صحيحاً لما كانت هناك حاجة إلى قانون تضمينات يلحق أعمال الحاكم العسكرى

مخالفاً لنص معين من نصوص الدستور ، ولكنه يتعارض مع مبادئ الدستور العليا ، فيكون باطلاً ، ويرجع البطلان لا إلى مخالفة الدستور ، بل إلى الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

اهمية التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية :

وقد يقال لم هذا الحرص على التمييز بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، مع أن حكمهما واحد وهو بطلان التشريع ؟ وما الذى يمنع من المزج بين الحالتين ، واعتبار التشريع فى كل منهما مخالفاً للدستور ؟

لا نتردد فى الإجابة على ذلك بأن التمييز بين الحالتين واجب ، وهو تمييز تقتضيه الدقة العلمية وتتطلبه الاعتبارات العملية .

فأما من الناحية العلمية ، فمن الواضح أن هذا التمييز يجلى كثيراً من الغموض الذى يحيط بموضوع دستورية القوانين . فليس من الدقة العلمية أن نخلط ما بين مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، كما لا يجوز الخلط فى القرار الإدارى بين مخالفته للقانون وانطوائه على تعسف فى إستعمال السلطة . وهذا التمييز فى شأن التشريع ،

= ليعفى من المسئولية عنها . ولو كانت هذه الأعمال معفاه من المسئولية ، فإن زوال الأحكام العرفية ليس من شأنه أن يغير من هذا الوصف القانونى ، ولبقى الإعفاء من المسئولية قائماً ، دون حاجة إلى قانون تضمينات ، بعد زوال هذه الأحكام (انظر محكمة القضاء الإدارى فى دوائرها المجتمعة فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٢ القضية رقم ١٠٢٦ السنة السادسة القضائية) .

وعندنا أن الإعفاء من المسئولية عن طريق التشريع يغلب أن ينطوى على إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . على اننا نميز فى هذا الصدد بين فرضين : (١) النص الذى لا يجيز سماع الدعوى فى مسئولية قررتها احكام القانون ، سواء صدر النص قبل تحقق المسئولية او بعد تحققها . ففى هذا النص إخلال بمسئولية مقررة ، على التفصيل الذى قدمناه فى قوانين التضمينات ، فيكون النص منطوياً على انحراف فى استعمال السلطة التشريعية . (٢) النص الذى لا يجيز سماع الدعوى فيما لم تتقرر فيه اية مسئولية . وهذا جائز ، لأنه لا يخل بمسئولية مقررة ، بل هو يقرر احكاماً موضوعية عن طريق منع سماع الدعوى فيما يخالف هذه الأحكام . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كالتمييز المقابل له فى شأن القرار الإدارى، يقوم على أساس التفرقة ما بين السلطة المحددة والسلطة التقديرية.

وأما من الناحية العملية، فنحن إذا ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية، أفسحنا الطريق لفكرة الانحراف، وقد أصبحت فكرة مستقلة، لتنمو وليضطرد نموها. وما دام الانحراف قد وضع له معيار مستقل، فإن ذلك من شأنه أن يضبط من تطبيقاته وأن يحدد منها، فلا تختلط حالات التشريع غير الدستورى بعضها ببعض. وكثير من حالات الانحراف عندما تختلط بحالات مخالفة الدستور ينبهم فيها الأمر ويشتد اللبس. إذ يغلب أن يتحسس الباحث، وهو يواجه تشريعاً مشكوكاً فى دستوريته، أى نص معين من نصوص الدستور يكون هذا التشريع قد خالفه. فإذا لم يجد هذا النص، تهيب أن يقول إن التشريع غير دستورى. أما إذا أسعفته نظرية الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية، وهى لا تتطلب الإخلال بنص معين فى الدستور ويكفى فيها أن يتعارض التشريع مع مبادىء الدستور العليا، زال التردد، ووقع الاطمئنان، واستطاع الباحث أن يسير قدماً فى هذا الطريق الجديد، بعد أن عبدت مسالكه ووطئت اكنافه. والمعروف أن الفكرة مادامت تختلط بفكرة أخرى تظل فكرة مبهمة غامضة. فإذا ما ميزت عن غيرها مما يلتبس بها ومحصت، إنفسح أمامها الطريق، واخذت سبيلها طليقة قوية. والفرق كبير بين أن نسير فى نظرية دستورية القوانين دون تقسيمات وضوابط، وبين أن نسير فيها وقد ميزنا تقسيماتها وحددنا معاييرها، ورسمنا اتجاهاتها. وهذا ما وقع فى شأن القرار الإدارى الباطل، فقد تقدمت نظرية البطلان فيه تقدماً كبيراً عندما قسمت العيوب التى تسبب البطلان، وقام التمييز فيما بينها. وهذا ما ينتظر أن يقع كذلك فى شأن التشريع غير الدستورى.

وقد يكون مهما من الناحية العملية أيضاً، بعد أن ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية، أن نجعل الانحراف طريق طعن احتياطى (subsidiaire) فى التشريع، شأنه فى ذلك شأن التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية.

وما دمنا قد ميزنا بين مخالفة الدستور والانحراف ، فنحن نختم هذا البحث بكلمة موجزة فى إثبات الانحراف وفيما يترتب عليه من البطلان ، على غرار ما يقال فى إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية وفى البطلان الذى يترتب على هذا التعسف .

(٣)

إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية والجزاء الذى يترتب على هذا الانحراف :

إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية :

إثبات مخالفة التشريع للدستور أمر ميسور . فما علينا إلا أن ندل على نص معين فى الدستور ، يجعل السلطة التشريعية ذات سلطة محددة ، ويكون التشريع قد خالفه ، حتى نثبت عدم دستورية التشريع بمخالفته لهذا النص . وهذا هو ايضاً ما نفعله فى شأن القرار الإدارى المخالف للقانون ، إذ أن إثبات هذه المخالفة يقتضى العثور على قاعدة قانونية يكون القرار قد خالفها ، وتكون هذه القاعدة قد جعلت للإدارة سلطة محددة . ولا توجد صعوبة فى الحالتين إلا ما يقتضيه التفسير من جهد فى توضيح نص دستورى مبهم أو إستجلاء نص قانونى غامض .

أما إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية فأمر دقيق ، وقد يزيد فى دقته على إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية . إذ علينا بعد أن نستخلص مبدأ من المبادىء العليا للدستور ، أن نثبت أن المشرع ، وهو يستعمل سلطته التقديرية ، قد إنحرف عن هذا المبدأ .

والإثبات بطريق الدليل الداخلى (preuve intrinsèque) هو الوسيلة المأمونة ، كما هو الأمر فى إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية . وهنا تتبين لنا اهمية الأسباب التى يبنى عليها التشريع ، فهى الدليل الداخلى الأول الذى يمكن الحصول عليه فى غير مشقة . وأسباب التشريع تختلف عن أسباب القرار الإدارى فى أن الأولى تتمحض طريقة لإثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية . أما أسباب القرار الإدارى فتختلط تارة بمخالفة القانون وأخرى بالتعسف فى إستعمال السلطة الإدارية على الوجه الذى بيناه فيما تقدم .

وأسباب التشريع تكشف عادة عن الغاية التى قصد المشرع إلى تحقيقها . فمتى استقصيت هذه الغاية وتحددت على وجه لايقبل الشك ، أمكن أن نعرف بعد ذلك هل تتفق هذه الغاية مع مبادىء الدستور ، فيكون التشريع سليماً ، أو أن المشرع قد انحرف عن هذه المبادىء ، فيكون التشريع باطلاً لانطوائه على انحراف فى إستعمال السلطة التشريعية .

وأسباب التشريع نلتمسها فى نصوص التشريع ذاته عندما تمحصها نصاً نصاً لنتبين من خلال هذه النصوص ، وفى تضاعيف العبارات والأساليب ، الغاية من التشريع .

ونلتمسها على وجه أيسر وأوضح فى ديباجة التشريع إذا كان للتشريع ديباجة ، ففيها يذكر المشرع الأسباب التى حملته على إصدار التشريع والغاية التى يهدف إلى تحقيقها .

فإذا أعوزتنا الأسباب فى نصوص التشريع وفى ديباجته ، تلمسناها فى الأعمال التحضيرية . نبحث عنها أولاً فى المذكرة الاضاحية التى تقترن عادة بمشروع القانون الذى يقدم إلى السلطة التشريعية . ونبحث عنها بعد ذلك فى التقارير التى تقدمها اللجان البرلمانية ، وفى مناقشات الأعضاء فى المجلسين ، وفى البيانات التى تلقيها الحكومة فى شأن التشزيع المقترح .

ويبقى بعد ذلك أن نتساءل ، بعد أن ظهرت لنا الغاية من التشريع عن هذا الطريق الداخلى ، هل يجوز لنا أن نتشكك فيما ظهر إذا تجمعت لنا من القرائن الخارجية ما يعارض الأسباب المذكورة ،فنذهب إلى أن المشرع قد اخفى غايته وذكر للتشريع أسباباً غير صحيحة ، وأن الأسباب الصحيحة والغاية الحقيقية التى توخاها تدل عليها القرائن الخارجية أكثر مما تبين من خلال الأسباب الظاهرية ؟ هنا يكون الإثبات قد وقع بطريق خارجى (preuve extrinsèque) ، هو طريق القرائن . وإذا كان الأخذ بهذا الطريق غير مسلم به فى إثبات التعسف فى إستعمال السلطة الإدارية ، فأولى الا نسلم به فى إثبات الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، وبخاصة بعد أن التزمنا فى هذا النوع من الانحراف المعايير الموضوعية ، وهذه إنما تتوافق مع طرق الإثبات الداخلية .

الجزاء الذى يترتب على الانحراف فى إستعمال السلطة التشريعيـة :

الجزاء واحد فى التشريع المخالف للدستور والتشريع المنطوى على إنحراف فى إستعمال السلطة التشريعية ، فكلا التشريعين باطل . وهذا هو أيضاً شأن القرار الإدارى ، فهو باطل إذا خالف القانون أو إنطوى على تعسف .

ولكن التشريع غير الدستورى يختلف عن القرار الإدارى الباطل ، إذا رفعت دعوى الإلغاء بطريق مباشر أمام القضاء الإدارى . ففى القرار الإدارى الباطل ، سواء كان القرار فردياً أو تنظيمياً ، تكون محكمة القضاء الإدارى مختصة ، وتقضى بالإلغاء . أما فى التشريع غير الدستورى فالمحكمة غير مختصة ، ولا توجد هيئة أخرى تختص بذلك ، ولا يمكن أن توجد هذه الهيئة إلا إذا وجد نص فى الدستور ينشىء محكمة عليا تكون مختصة بالنظر فى دستورية القوانين .

أما إذا كان الطعن بطريق غير مباشر ، فى صورة الدفع بالبطلان ، فهنا تتجلى رقابة القضاء على دستورية التشريع . ذلك أن الخصم إذا إستند إلى تشريع يطلب تطبيقه ، ودفع خصمه ببطلان هذا التشريع لأنه غير دستورى ، فالمحكمة ، وإن كانت لا تملك أن تحكم ببطلان التشريع ، يجب عليها إذا تثبتت من عدم دستوريته أن تستبعد تطبيقه . ويرجع ذلك إلى سببين رئيسيين :

(السبب الأول) : أن من الأصول المقررة أن تلتزم المحكمة فى تطبيقها للتشريعات المتفاوتة فى القوة تطبيق التشريع الأعلى عند تعارضه مع تشريع أدنى منه . فتطبق المحكمة الدستور أولا ، ثم القانون ، ثم القرارات الإدارية التنظيمية بحسب تدرجها ، فتبدأ بالمرسوم ، ثم بقرار مجلس الوزراء ، ثم بالقرار الوزارى ، ثم بما هو أدنى من ذلك . فإذا تعارض قرار وزارى مع قرار لمجلس الوزراء ، وجب على المحكمة أن تستبعد القرار الوزارى وأن تطبق قرار مجلس الوزراء . وإذا تعارض قرار لمجلس الوزراء مع مرسوم ، وجب على المحكمة إستبعاد قرار مجلس الوزراء وتطبيق المرسوم . وإذا تعارض مرسوم مع قانون ، وجب إستبعاد المرسوم وتطبيق القانون . وتنتهى إلى تعارض القانون مع الدستور ، وهو

محل بحثنا ، ويجب هنا أيضاً على المحكمة أن تستبعد القانون وأن تطبق الدستور .

(والسبب الثانى) : هو مبدأ فصل السلطات وردها جميعاً إلى الدستور ، فلا يجوز أن تعتدى سلطة على أخرى . فإذا وضعت السلطة التشريعية تشريعاً غير دستورى ، لم تستطع أن تجبر السلطة القضائية على تطبيقه دون الدستور ، وإلا كان فى هذا إعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية ، وكلتاهما مستقلة عن الأخرى ، وكلتاهما خاضعة للدستور .

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان :

(النتيجة الأولى) : أن الدستور وحده هو الذى يملك أمر تحديد رقابة القضاء لدستورية القوانين . فله أن ينص صراحة على منع هذه الرقابة فلا يجوز للقضاء أن يبطل تشريعاً غير دستورى أو أن يمتنع عن تطبيقه وللدستور أن ينص صراحة على إباحة هذه الرقابة ، فيكون للقضاء فى دعوى إلغاء أصلية أن يبطل التشريع غير الدستورى ، وفى دفع بعدم الدستورية أن يمتنع عن تطبيقه . وإذا سكت الدستور فلم ينص على منع الرقابة ولم ينص على إباحتها ، لم يكن للقضاء أن يبطل التشريع غير الدستورى فى دعوى إلغاء أصلية ، ولكن يجب عليه أن يمتنع عن تطبيقه عند الدفع بعدم دستوريته .

(والنتيجة الثانية) : تتفرع عن النتيجة الأولى . فما دام الدستور وحده هو الذى يملك منع القضاء عن النظر فى دستورية التشريع ، كان من البديهى أن المشرع العادى لا يملك ذلك . ومن ثم يكون التشريع الذى يحرم على القضاء النظر فى دستورية القوانين تشريعاً باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة .

ويخلص من كل ذلك أنه ما دام دستورنا المصرى لا يشتمل على نص ينشىء محكمة عليا للنظر فى دستورية القوانين ، وهو فى الوقت ذاته لا يشتمل على نص يحرم النظر فى هذه الدستورية ، فلا يجوز لأية محكمة مصرية أن تقضى فى دعوى أصلية بإلغاء تشريع بستورى ، ولكن يجب على كل محكمة أن تمتنع عن تطبيق التشريع الذى يتعارض مع الدستور

إذا دفع أمامها بعدم دستوريته ، لأن الدستور هو الأولى بالتطبيق . ويكون قضاء المحكمة بإستبعاد التشريع غير الدستوري ذا حجية نسبية ، فلا يحتج به إلا في القضية بالذات التي استبعد فيها هذا التشريع . أما في قضية اخرى ، تنظرها محكمة ثانية أو المحكمة الأولى ذاتها ، فلا يتحتم التقيد بهذا القضاء ، ويجوز للمحكمة ان تأخذ بعكسه ، فتقضي بأن التشريع لا يتعارض مع الدستور .

الفهرس

